

# Petites affiches

## La Loi

Le Quotidien Juridique

ARCHIVES COMMERCIALES DE LA FRANCE

394<sup>e</sup> année 19 MAI 2005

N° 99

10 €

N U M É R O S P É C I A L

### **ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : QUELQUES POINTS D'ACCROCHE**

**CYCLE CHAIRE RÉGULATION/COUR DE CASSATION**

**Sous la direction scientifique  
de Guy Canivet, Bruno Deffains  
et Marie-Anne Frison-Roche**



[www.petites-affiches.com](http://www.petites-affiches.com)

**Petites affiches**

2, rue Montesquieu 75041 Paris Cedex 01  
Tél. : 01 42 61 56 14 Fax : 01 47 03 92 02

**Le Quotidien Juridique**

12, rue de la Chaussée d'Antin 75009 Paris  
Tél. : 01 49 49 06 49 Fax : 01 49 49 06 50

**La Loi**

**Archives Commerciales de la France**

33, rue des Jeûneurs 75002 Paris  
Tél. : 01 42 34 52 34 Fax : 01 46 34 19 70

ÉDITION QUOTIDIENNE DES JOURNAUX JUDICIAIRES ASSOCIÉS

JOURNAL AGRÉÉ POUR PUBLIER LES ANNONCES LÉGALES DANS LES DÉPARTEMENTS DE PARIS, HAUTS-DE-SEINE, SEINE-SAINT-DENIS, VAL-DE-MARNE

Directeur de la publication :  
**Bruno Vergé**

Rédactrice en chef :  
**Emmanuelle Filiberti**

Comité de rédaction :

**Pierre Bézard**, président honoraire  
de la chambre commerciale de la Cour  
de cassation

**Éric Bonnet**, directeur de la rédaction  
de la Gazette du Palais

**Jean-Pierre Camby**, conseiller des  
services de l'Assemblée nationale

**Jean-Marie Coulon**, premier président  
honoraire de la Cour d'appel de Paris

**Alain Couret**, professeur à l'Université  
Paris I (Panthéon-Sorbonne)

**Maurice Cozian**, professeur émérite à  
l'Université de Bourgogne

**Fernand Derrida**, professeur honoraire  
à la faculté de droit de l'Université  
d'Alger

**Michel Grimaldi**, professeur à  
l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

**Jean-François Guillemin**, secrétaire  
général, groupe Bouygues

**Paul Le Cannu**, professeur à  
l'Université Paris I (Panthéon-  
Sorbonne)

**Jacques Massip**, conseiller doyen  
honoraire à la Cour de cassation

**Denis Mazeaud**, professeur à  
l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

**Nicolas Molfessis**, professeur à  
l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

**Jacqueline Morand-Deville**,  
professeur à l'Université Paris I  
(Panthéon-Sorbonne)

**Bernard Reynis**, notaire, président  
honoraire de la Chambre des notaires  
de Paris

**Alain Sauret**, avocat conseil en droit  
social, J. Barthélémy et Associés.

Rédaction : 2, rue Montesquieu,  
75041 Paris Cedex 01  
Tél. : 01 42 61 87 87  
Fax : 01 42 86 09 37  
E-mail : [redaction@petites-affiches.com](mailto:redaction@petites-affiches.com)

Tout projet d'article, accompagné  
de sa disquette, doit être adressé  
à Emmanuelle Filiberti, à l'adresse  
ci-dessus.

Diffusion :

Tél. : 01 42 61 88 00

Fax : 01 42 92 03 91

E-mail : [diffusion@petites-affiches.com](mailto:diffusion@petites-affiches.com)

Rédaction (p. 1 à 96)

Publicité légale : Annonces pour  
les départements 75, 92, 93, 94  
(p. 97 à 128)

## **A B O N N E M E N T S**

1 an France (TTC)

Journal seul ..... 125 €

Journal + Lextenso.fr ..... 182,41 €

1 an Étranger (HT)

CEE ..... 284,28 €

Hors CEE ..... 543,48 €

Pour tarifs particuliers  
(enseignants, étudiants, ...) nous consulter

Direction Artistique : GRAPHIR DESIGN

2 - Petites affiches - 19 MAI 2005 - N° 99

# **ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : QUELQUES POINTS D'ACCROCHE**

**CYCLE CHAIRE RÉGULATION/COUR DE CASSATION**

**Sous la direction scientifique de Guy Canivet, Bruno Deffains  
et Marie-Anne Frison-Roche**

**SOMMAIRE**

**4**

**AVANT-PROPOS, PAR RICHARD DECOINGS**

**L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : PERSPECTIVES GÉNÉRALES**

**6**

**BRUNO DEFFAINS**

**LE DÉFI DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : LE POINT DE VUE  
DE L'ÉCONOMISTE**

**15**

**MARIE-ANNE FRISON-ROCHE**

**L'INTÉRÊT POUR LE SYSTÈME JURIDIQUE DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE  
DU DROIT**

**23**

**GUY CANIVET**

**LA PERTINENCE DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : LE POINT DE VUE  
DU JUGE**

**L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : L'ABUS DE BIENS SOCIAUX**

**29**

**RÉGIS BLAZY**

**LA PERTINENCE ÉCONOMIQUE DE L'INCRIMINATION DE L'ABUS DE BIENS  
SOCIAUX**

**36**

**FRÉDÉRIC STASIAK**

**LA RÉCEPTION ET LA COHÉRENCE DES CONSIDÉRATIONS ÉCONOMIQUES  
RELATIVES À L'ABUS DE BIENS SOCIAUX**

**L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : LE CONTRAT**

**43**

**ÉRIC BROUSSEAU**

**LA SANCTION ADÉQUATE EN MATIÈRE CONTRACTUELLE : UNE ANALYSE  
ÉCONOMIQUE**

**54**

**CHRISTOPHE JAMIN**  
**QUE RÉPONDRE À ÉRIC BROUSSEAU ?**  
**(JE N'AI PRESQUE RIEN À DIRE À UN ÉCONOMISTE)**

**L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : LA BANQUE**

**60**

**JEAN-PAUL BETBÈZE**  
**LA BANQUE, LE JUGE, LES RUPTURES DE CRÉDIT ET LE FONCTIONNEMENT**  
**DU MARCHÉ**

**65**

**MICHEL GERMAIN**  
**INTERROGATIONS JURIDIQUES**

**L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : LES PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES**

**67**

**JEAN TIROLE**  
**QUELLES FINALITÉS POUR LES PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES ?**

**75**

**MICHEL VIVANT**  
**ÉCONOMIE ET DROIT OU UNE INTERROGATION SUR LES LOIS :**  
**LE POINT DE VUE DU JURISTE**

**L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : LA RESPONSABILITÉ**

**78**

**MAURICE NUSSENBAUM**  
**L'APPRÉCIATION DU PRÉJUDICE**

**89**

**GENEVIÈVE VINEY**  
**L'APPRÉCIATION DU PRÉJUDICE**



# AVANT-PROPOS

Sciences Po est honoré et heureux d'être associé à la Cour de cassation, à travers notamment la Chaire régulation qui coorganise ce programme autour de droit, justice, économie avec la Cour de cassation. Cette initiative s'insère dans le développement d'une coopération qui sera de plus en plus étroite et traduit l'importance de la recherche et de la réflexion sur le droit à Sciences Po.

Le droit a toujours occupé une place importante à Sciences Po, depuis sa création. Pendant longtemps, cette place a surtout été occupée par le droit public, disons même le droit administratif. Les frontières aujourd'hui ont tendance à être plus floues et je ne sais pas si les clivages disciplinaires ont encore une raison d'être. Cela a notamment justifié le développement du droit à Sciences Po, au-delà de notre tradition d'enseignement du droit administratif et du droit public. Pour l'ensemble des enseignements, depuis les premiers cycles jusqu'aux masters, sans prétendre délivrer de diplôme de droit, ce pour quoi nous n'avons pas demandé d'habilitation, nous considérons que tout élève qui passe une partie de sa scolarité à Sciences Po doit recevoir un enseignement juridique fondamental, et celui-ci prend désormais une place beaucoup plus importante que naguère.

Dans un mouvement convergent, nous avons décidé depuis plusieurs années d'investir beaucoup, et cette fois-ci non seulement en matière d'enseignement mais également en matière de recherche, sur les questions de régulation. Cette perspective correspond à une évolution considérable de nos systèmes de droit et de nos systèmes de gouvernance, produisant un impact essentiel sur nos sociétés. Je pense que nous manquerions intellectuellement, conceptuellement, cette évolution si nous n'investissions dans ce domaine. Grâce, notamment à Marie-Anne Frison-Roche, nous avons créé une chaire consacrée aux questions de régulation. Une chaire pour nous n'est pas simplement un emploi de professeur des Universités, c'est un ensemble que nous espérons cohérent, de recherche, d'enseignement (aussi bien l'enseignement initial que la formation continue), de constitution progressive d'un centre de documentation, local et à distance et de tout ce qui peut s'attacher à rendre fructueux cette recherche et cet enseignement. Naturellement, le cycle de conférences construit entre la Chaire régulation et la Cour de cassation, qui donne lieu aujourd'hui à une publication ordonnée, et qui va continuer dans les années à venir, est l'une des illustrations de cette volonté commune.

L'approfondissement des relations entre la recherche et l'enseignement dans ce domaine des relations entre le droit, la justice et l'économie est un projet à long terme pour Sciences Po. Cela est d'autant plus important qu'un nombre croissant de nos diplômés se destinent aux carrières juridiques, qu'il s'agisse de carrières de la magistrature (un nombre croissant de nos diplômés passent et réussissent le concours de l'École nationale de la magistrature) ou du barreau (un nombre croissant de nos diplômés sont recrutés dans des cabinets d'avocats). Et s'il y a cette appétence de la part de nos élèves, à laquelle correspond cette demande de la part des employeurs, c'est en raison d'une tradition à Sciences Po correspondant bien à cet état de la réflexion et de la demande sociale : la pluridisciplinarité. Nous avons toujours fait en

sorte que nos élèves soient astreints au grand sens de la rigueur intellectuelle à des disciplines aussi différentes que l'économie, le droit mais aussi la sociologie, la science politique ou l'histoire. Grâce à ces disciplines, grâce à leur croisement, grâce aux discussions que ce cycle de conférences et cette publication illustrent, ces questions essentielles de droit, de justice et d'économie, peuvent être approchées plus posément que dans une perspective disciplinaire unilatérale. Les fruits de cette réflexion seront utiles à tous et je vous remercie au nom de tous les professeurs et de tous les élèves de Sciences Po de l'opportunité qui leur est ainsi offerte.

**Richard DECOINGS**

Directeur de l'Institut d'études politiques de Paris



[www.lextenso.fr](http://www.lextenso.fr)

La mémoire  
des  
**Petites Affiches**

Vous êtes abonné aux Petites Affiches ?

**Bonne nouvelle !** A partir d'aujourd'hui, plus besoin de plonger dans les tables du journal pour retrouver l'information que vous recherchez.

LEXTENSO vous permet d'appeler à l'écran **toutes les informations publiées** dans les Petites Affiches depuis janvier 1995.

Il vous suffit de saisir le mot-clé de votre recherche et **la liste des solutions** s'affiche instantanément pour les Petites Affiches et toutes les autres publications associées à LEXTENSO : le Bulletin Joly, la Gazette

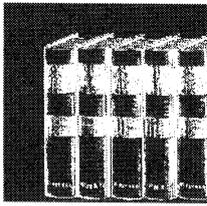
du Palais, le Répertoire Defrénois, la Revue des Contrats et la Revue Générale du droit des Assurances.

**Pour en savoir plus**, cliquez et visualisez les thèmes des articles de votre sélection.

**Pour tout savoir**, choisissez sur le site un accès au texte intégral des articles, sur abonnement (48 € HT annuel pour la base Petites Affiches) ou en consultation au document.

**A très bientôt sur  
[www.lextenso.fr](http://www.lextenso.fr) !**





## LE DÉFI DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : LE POINT DE VUE DE L'ÉCONOMISTE

**BRUNO DEFFAINS**

Professeur des Universités à l'Université de Nancy 2 et Sciences Po

L'ambition de cette note est de faire passer un message simple et important : la théorie économique est une discipline utile pour la construction du droit dans la mesure où elle contribue à mieux comprendre l'impact des règles juridiques sur les comportements. L'économie du droit est certainement l'un des développements les plus marquants des dernières années dans la recherche juridique. Elle repose sur une approche résolument interdisciplinaire et ne se préoccupe pas seulement de thèmes relevant de la production ou de l'allocation des richesses comme le droit de la concurrence. Elle traite également des problèmes de droit civil, de droit pénal et de droit public qui ne sont pas à proprement parler de nature économique. Apparue dans les années soixante dans les universités américaines, elle consiste à appliquer les outils d'analyse et les critères de jugement des économistes à l'explication et à l'évaluation des règles juridiques. L'apport central de ce champ de recherche est donc d'utiliser la théorie microéconomique afin de prédire comment les agents réagissent aux prix implicites contenus dans les règles et les normes juridiques, tout comme la théorie microéconomique cherche à expliquer comment les agents réagissent aux prix explicites du marché. À titre d'illustration, l'économiste du droit cherche à mesurer si des sanctions plus sévères et plus certaines découragent les actes délictueux et si les règles d'indemnisation des victimes, via la responsabilité civile, incite les agents à adopter un niveau de précaution socialement efficace. Il s'agit donc d'une approche dynamique du droit qui invite à repen-

ser la fonction régulatrice des institutions et des règles juridiques.

L'économie du droit a aujourd'hui dépassé le cadre de l'Université et imprègne désormais l'exercice du droit dans beaucoup de pays qu'il s'agisse de l'activité des législateurs ou des décisions des juges. Quotidiennement les législateurs appliquent l'analyse coût-bénéfice aux problèmes auxquels ils sont confrontés ; les administrations fondent souvent leurs règles sur l'analyse économique ; les juges recourent quant à eux de plus en plus aux concepts économiques pour résoudre des conflits de toute nature (et pas seulement les comportements anticoncurrentiels ou les comportements dérivant directement de l'économie). Les avocats qui interviennent en amont doivent eux aussi être compétents en droit et en économie pour être de bon conseil.

Pour débiter cette présentation, il importe de souligner une différence entre les analyses positives et les analyses normatives. Nombreux sont les travaux d'analyse économique du droit qui tentent d'interpréter les solutions juridiques, législatives ou jurisprudentielles, comme des règles institutionnelles améliorant l'efficacité. Le fondement de ces analyses positives n'est pas que les législateurs et les juges choisissent consciemment des solutions efficaces. On argumente simplement que certaines règles de droit peuvent être interprétées comme si elles poursuivaient des solutions efficaces, bien que l'efficacité ne soit pas consciemment ou expressément mise en évidence comme modèle de décision. À l'origine, Coase a démontré, en étudiant des situations d'externalités résultant de troubles de voisinage

ou de pollutions accidentelles, que certaines décisions prononcées par les tribunaux sont conformes aux solutions qu'aurait préconisées un économiste recherchant l'efficacité maximale (Coase, 1960). Partant de cette observation, Posner (1973) et d'autres auteurs de l'école de Chicago ont avancé la proposition que, dans la plupart des cas, la *common law* aboutit à des solutions efficaces. Tout se passerait comme si les juges, sans le savoir ni le rechercher, identifiaient leur conception de la justice avec ce qui serait économiquement efficace. Cette thèse dite de l'efficacité de la *common law* a été largement débattue. Ont été soulignées en particulier les limites du juge en tant que promoteur d'un ordre juridique efficace. D'une part, on a critiqué le réalisme des règles qui motiveraient l'activité du juge parce qu'il n'existerait pas de critère objectif susceptible de lui dicter une conduite optimale (Dworkin, 1980). D'autre part, on a critiqué le fait de ramener la décision des magistrats aux conséquences de leurs sentences puisqu'il est peu vraisemblable qu'ils connaissent *ex ante* les effets des règles appliquées (Buchanan, 1977). Ces critiques doivent être prises en considération, mais elles ne remettent pas en cause la richesse de l'économie du droit en tant qu'approche dynamique du droit visant à évaluer l'adéquation des règles à leurs objectifs. De surcroît, l'analyse n'est pas réservée aux systèmes de *common law*. Nombre de recherches menées depuis une vingtaine d'années en Europe continentale ont permis de mettre en avant l'intérêt d'une approche économique des systèmes de droit codifié (v. par

exemple Ott et Shaeffer, 2004).

Les analyses positives cherchent à décrire et à expliquer le droit comme il est, non pas comme il devrait être. En revanche, dans les analyses normatives, les lois et les décisions des tribunaux sont évaluées en fonction de leur impact en termes d'efficacité. La question est alors de savoir si l'efficacité est améliorée ou si les règles de droit créent au contraire des inefficacités qui pourraient justifier de les modifier. Il va de soi que l'efficacité économique ne peut à elle seule légitimer une règle ou une institution juridique. La question normative est beaucoup plus complexe. Des ordres de valeurs séparés, comme l'équité et l'éthique, doivent être mobilisés pour apprécier le caractère juste ou non du droit. Ceci ne signifie pas que l'économie doit être écartée du débat autour de la règle juridique. Certains auteurs, comme Calabresi ont avancé une interprétation large du concept des coûts sociaux qui invite à des analyses économiques sur des questions juridiques très variées. Dans son étude du droit de la responsabilité civile (Calabresi, 1970), il argumente que la société à intérêt à rechercher les moyens les plus avantageux pour minimiser trois catégories de coûts : ceux des accidents et des précautions prises pour les éviter (coûts primaires), ceux d'une répartition de la charge des préjudices lorsque des accidents se réalisent en dépit des efforts de prévention consentis (coûts secondaires) et ceux qui sont liés à l'administration du système juridique (coûts tertiaires).

Cette approche globale démontre, si besoin est, que la critique de l'analyse économique du droit, basée sur le

postulat qu'elle ignore la justice, est fautive. Il est en effet difficile d'imaginer un système de droit juste qui ignore les questions d'efficacité. Ceci ne veut pas dire que l'efficacité représente le but ultime du droit. Il s'agit simplement d'admettre que si le droit est motivé par d'autres considérations, il convient tout de même d'étudier les conséquences économiques de la poursuite de ces objectifs. La contribution des économistes à l'étude du droit est donc principalement l'apport d'une théorie qui fait comprendre les effets des règles juridiques sur les comportements. L'idée générale est simple : les individus respectent d'autant mieux les lois qu'il est dans leur intérêt de le faire et, en général, ils tenteront de minimiser les désavantages qu'elles leur imposent. L'actualité nous offre régulièrement des illustrations de cette proposition, par exemple en matière de responsabilité civile des entreprises à l'origine de risques industriels (Deffains, 2000) ou encore en matière de *forum shopping* résultant de la concurrence entre les systèmes juridiques (Deffains, 2001). En examinant les effets de différentes solutions juridiques, l'analyse économique offre des informations au législateur et aux juges qui permettront d'augmenter la qualité du droit. Ceci vaut aussi bien pour les questions de justice que pour les questions d'efficacité.

La littérature sur l'analyse économique du droit est très abondante, ce qui limite le nombre de thèmes susceptibles d'être abordés dans une rapide présentation. Nous commencerons par illustrer la proposition selon laquelle le droit civil énonce des règles qui peuvent être rationalisées comme des instruments d'efficacité. Ensuite, nous

discuterons les avantages les plus significatifs d'une approche interdisciplinaire, du point de vue de l'économiste.

### **I. La démarche de l'analyse économique du droit à travers quelques exemples**

Dans son fameux article, considéré comme le point de départ de l'analyse économique du droit, Coase (1960) argumente que l'allocation des droits de propriété (les droits de faire usage des ressources rares) est une condition essentielle pour les transactions du marché. Néanmoins, si les coûts de transaction sont négligeables, le résultat de ces transactions n'est pas influencé par le choix du système juridique (l'attribution du droit à telle ou telle personne). Le choix de la règle de droit est sans effet sur l'utilisation des ressources et la production des biens et services dans l'économie. Ainsi s'énonce le théorème de Coase dans sa version de neutralité. Dans une autre version, celle de l'efficacité, le théorème établit qu'en l'absence de coûts de transaction, l'affectation efficace des ressources est réalisable sans intervention directe sous forme de taxes ou d'interdiction des comportements néfastes. Si les droits de propriété sont bien définis, le mécanisme des prix peut conduire à l'optimum social indépendamment du fait de savoir si l'externalité est admise ou non en droit. L'attribution initiale des droits de propriété n'a, dans ces conditions, pas d'influence sur l'évolution de l'économie vers l'optimum, seule la répartition des richesses est affectée par l'architecture juridique.

L'article de Coase a considérablement élargi le domaine

d'application de la science économique. Il concerne non seulement les choix et les actions des individus concernant les ressources rares, mais également les droits sur ces ressources et les transactions par lesquelles ces droits peuvent être échangés. Coase lui-même n'a pas examiné de manière approfondie les règles et institutions juridiques qui favorisent l'efficacité en présence de coûts de transaction. Pourtant, le théorème préfigure une analyse nouvelle et dynamique contribuant à améliorer la qualité du système juridique. En effet, les règles de droit peuvent être étudiées comme des instruments qui abaissent les coûts de transactions. De cette façon, le droit peut faciliter les échanges et corriger une éventuelle allocation initiale de droits de propriété inefficace. En revanche, avec des coûts de transaction élevés, l'allocation initiale des droits de propriété risque d'être définitive. Dans de tels cas, deux hypothèses doivent être distinguées. En premier lieu, si les coûts de transactions sont faibles, des inefficacités peuvent être évitées en accordant des droits absolus seulement aux agents qui peuvent facilement négocier avec les autres. Si les droits ne sont pas confiés à la personne qui en fera l'usage le plus productif, celle-ci sera en effet incitée à les acheter au titulaire actuel. En second lieu, si les coûts de transaction sont élevés, la fixation d'un droit dans un usage non optimal ne peut pas être facilement corrigée par des négociations entre agents. Pour ne pas nuire à l'efficacité, il est alors préférable d'accorder le droit à celui dont on peut présumer qu'il l'achèterait s'il ne l'avait pas. Si l'information sur la valeur des droits est imparfaite, le risque d'une allocation inefficace peut être réduit en pro-

tégeant les droits de propriété par un droit à indemnité (1).

Partant de ces considérations, il devient possible d'avancer une explication des fondements économiques des règles de droit privé. Dans cette présentation, deux domaines du droit civil largement étudié en économie du droit illustreront les hypothèses formulées. Le droit des contrats peut être analysé comme un instrument permettant de réduire les coûts de transaction et aider les parties à réaliser une allocation efficace des droits entre les agents. Le droit de la responsabilité civile quant à lui est mieux compris comme un ensemble de règles qui organise une allocation des droits définitive en présence de coûts de transaction prohibitifs.

#### **A. Le droit des contrats**

Le théorème de Coase part clairement de conditions qui ont peu de chances d'être satisfaites en réalité. Non seulement la présence des coûts de transaction, mais aussi le risque de comportements opportunistes peuvent empêcher la réalisation d'une allocation efficace des droits. L'analyse économique montre alors que le droit des contrats dans son ensemble peut être expliqué comme s'il remédiait au problème des coûts de transactions élevés. Bien entendu, ceci ne signifie pas que toutes les règles du droit des contrats sont efficaces.

On trouve dans le Code civil un grand nombre de règles applicables aux contrats, comme la vente, le bail et l'assurance. Il s'agit principalement de dispositions supplétives au sens où elles régissent les obligations résultant du contrat à moins que les

parties n'en décident autrement. De telles règles diminuent les coûts de transaction à condition de prévoir une répartition des risques que les parties auraient stipulés dans le contrat si elles avaient eu une connaissance suffisante des risques et avaient supporté les coûts pour établir ces dispositions. Les règles de droit supplétives, exprimant l'intention commune des parties, ont donc une signification économique importante. Ceux qui s'engagent dans des transactions régulières n'ont pas besoin de spécifier formellement les obligations. Le droit fait le travail et la réduction des coûts de transactions qui en résulte est substantielle si la règle juridique réussit à trouver la solution que les parties auraient préférée dans le monde idéal sans coûts de transaction (le droit « mime-rait la transaction à coûts nuls » dans la terminologie posnérienne).

D'autres exemples peuvent être donnés pour illustrer la manière dont le droit des contrats abaisse les coûts de transaction de façon à atteindre une allocation efficace. Une autre notion centrale du droit des contrats est l'autonomie de la volonté. Si les parties ne sont pas capables de conclure des contrats ou s'il existe des vices du consentement, comme le dol, l'erreur ou la violence, les juges peuvent prononcer la nullité du contrat. Là encore, l'analyse économique positive nous offre une explication. Si la capacité intellectuelle d'un individu ne lui permet pas d'évaluer les conséquences de ses choix, la présomption de rationalité est invalidée et la nullité du contrat conclu peut être facilement acceptée du point de vue de l'analyse économique. En cas de dol, il n'y a pas un véritable accord et le

(1) La distinction entre un droit absolu et un droit à indemnité a été introduite dans un important article de Calabresi et Melamed. Ces auteurs utilisent une distinction entre property rules et liability rules, qui est fondée sur différents formes de la protection des droits selon leurs sanctions. Le premier type de protection légale donne un droit absolu de sorte que le seul moyen de commettre un acte illégal est de négocier avec le titulaire du droit. En revanche, le second type de protection requiert uniquement le versement d'une compensation en cas de violation du titulaire d'autrui.

contrat n'est pas efficace. Concernant l'erreur, le droit français n'accepte pas toutes les erreurs comme cause de nullité des contrats. Il faut que le contractant soit trompé sur une qualité substantielle et l'erreur doit être excusable et ne pas être grossière. L'analyse économique n'est pas loin. D'une part, on comprend aisément, qu'en cas d'erreur, le contrat ne soit pas efficace s'il ne représente pas les préférences réelles des contractants. D'autre part, une intervention des juges pour corriger n'importe quelle erreur entraîne également des coûts. En premier lieu, on veut inciter les gens à rechercher l'information pertinente pour entamer des projets. En second lieu, il y a le risque d'opportunisme : il faut éviter qu'un débiteur récalcitrant puisse trop facilement prétendre qu'il a fait une erreur en s'engageant. En somme, les conditions restrictives qui doivent être remplies pour annuler un contrat au motif d'erreur peuvent être analysées comme des instruments qui réduisent les coûts résultant des contrats inefficaces et des comportements opportunistes.

Cette discussion pourrait donner l'impression que le droit des contrats dans son ensemble est un instrument performant pour réaliser l'efficacité. En réalité, l'harmonie entre le droit et l'analyse économique n'est pas parfaite. Certains développements montrent l'imposition d'obligations d'informer et même des prohibitions de certains termes par des lois spéciales. Les exemples les plus frappants se trouvent dans le droit de la consommation. Le Code de la consommation dispose que « Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, met-

tre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service ». La question qui se pose est de savoir si cette obligation assez contraignante pour les commerçants a également un fondement économique. La réponse sera nuancée. Les lois relatives à la protection du consommateur partent généralement de l'opinion selon laquelle le vendeur professionnel a tendance à abuser de sa puissance économique pour obtenir un avantage excessif au détriment du consommateur. Cette opinion peut cependant être à l'origine de règles inefficaces dans des situations où la partie « faible » est le professionnel qui, en raison d'une information incomplète, peut être pénalisé en raison de l'opportunisme du consommateur. On pense notamment au domaine de l'assurance où l'assureur se trouve souvent devant l'impossibilité de connaître la portée exacte du risque et de surveiller, à un coût acceptable, le comportement de l'assuré. Ce dernier peut alors se montrer moins prudent et augmenter ainsi l'étendue du risque (phénomène de risque moral). Le vrai problème dans les deux cas est l'information asymétrique. On se bornera ici à conclure qu'un droit des contrats efficace devrait donc remédier non seulement aux défaillances informationnelles au détriment du consommateur mais aussi à celles qui nuisent aux professionnels vendeurs.

Une analyse prudente s'impose également en ce qui concerne l'interdiction de certaines clauses considérées comme abusives. Il est plus facile de trouver un fondement économique pour les règles relatives aux circonstances de la formation du contrat (in-

capacité, vices du consentement) que de rationaliser les règles s'attaquant à la substance du contrat. Certes, les conditions générales de vente imprimées en petites lettres sur le verso de factures et de bons de commande comprennent souvent des clauses juridiquement compliquées. Le consommateur ne peut pas connaître aisément la portée exacte de ces clauses et les prendre en considération lors de sa décision d'achat. Une interdiction des clauses qui ne seraient pas acceptées par des consommateurs informés pourrait donc augmenter l'efficacité. Néanmoins, le souci de protéger les consommateurs peut de nouveau aboutir à des effets néfastes. Ainsi, les clauses de non responsabilité sont souvent critiquées en raison du déséquilibre qu'elles créeraient entre les droits et les obligations des parties au contrat. Cette analyse est trop réductrice dans la mesure où de telles clauses pourraient également faciliter une allocation optimale des risques et augmenter les choix des consommateurs en leur offrant la possibilité d'acheter des produits ou services à un prix plus bas.

## **B. Le droit de la responsabilité civile**

Selon l'analyse économique, le droit de la responsabilité civile peut être expliqué comme un système de règles juridiques qui ont pour objet de minimiser le coût social des accidents qui inclut le coût des dommages ainsi que le coût des mesures prises afin de réduire le risque. Cet objectif repose sur le constat que le droit de la responsabilité civile fournit des incitations pour que les parties en cause modifient leurs comportements en matière de gestion des risques. Les per-

tes liées aux accidents pourraient ainsi être réduites si les parties décidaient de prendre des mesures de précaution efficaces et s'ils ne s'engageaient pas dans une activité dangereuse au-delà d'un niveau socialement désirable (Deffains, 2000).

Les principales rubriques du droit de la responsabilité civile peuvent se prêter à une lecture économique intéressante. En particulier, les tribunaux semblent parfois déterminer la faute en se référant à un calcul économique implicite. La jurisprudence considère comme constituant un comportement imprudent la création sans nécessité d'une situation dangereuse sans prendre des précautions de nature à éviter un dommage considérable. Cette jurisprudence comporte sans conteste des éléments de détermination d'un niveau de précaution efficace. L'exigence de précautions adéquates renvoie ici au raisonnement marginal des économistes puisqu'elle justifie des unités de précaution additionnelles tant que leur coût est inférieur au coût unitaire de l'accident. On peut également mentionner les jugements qui acceptent la responsabilité dans des cas où l'auteur du dommage aurait pu prendre des mesures de précautions relativement peu onéreuses afin de réduire facilement la probabilité de survenance d'un accident. Évidemment, les juges ne calculent pas explicitement les coûts et les gains marginaux des mesures de précautions. Néanmoins, leurs décisions apparaissent fondées sur des considérations « intuitives » qui se laissent aisément traduire en termes économiques.

L'analyse économique du droit de la responsabilité civile offre ainsi une explication du recours au concept

de *bonus pater familias* lors de l'appréciation de la faute. Les principes sont bien connus des juristes. L'appréciation du caractère fautif de violation d'une norme non explicitement formulée devra se faire suivant le critère d'une personne normalement soigneuse et prudente placée dans les mêmes circonstances. Comment l'application du concept du bon père de famille peut-elle s'appuyer sur des critères économiques ? La précaution efficace n'est pas identique pour chaque auteur de dommage. Si le droit pouvait distinguer les différents auteurs, moyennant des coûts relativement bas, il serait efficace d'appliquer différents étalons de précaution. Néanmoins, les coûts de gestion d'un tel système de classification détaillé peuvent être très élevés. L'efficacité ne sera plus favorisée si les coûts de la classification dépassent les bénéfices de l'individualisation. Le critère du bon père de famille peut être relié à ce raisonnement en termes d'efficacité. Comme les coûts d'une évaluation individuelle du soin efficace sont généralement très élevés, le droit exige un degré de soin moyen. C'est précisément le comportement d'une personne normalement soigneuse et prudente : le soin du bon père de famille. D'autre part, si la classification peut être facilement appliquée (à peu de frais), la jurisprudence exigera un degré de soin plus élevé pour les auteurs qui peuvent prendre soin à des coûts inférieurs. C'est précisément ce qu'on peut constater en examinant la jurisprudence en matière de responsabilité professionnelle. Dans cette hypothèse, les comportements seront appréciés par référence à un professionnel normalement diligent et compétent placé

dans les mêmes circonstances.

Remarque : les exemples des différents domaines du droit donnés dans cette présentation concernent des règles de droit matériel. L'analyse économique n'est pas seulement utile pour le choix des règles qui régissent directement les comportements humains, mais aussi pour d'autres questions juridiques comme de choisir une répartition optimale des compétences parmi des régulateurs actifs aux différents niveaux de la construction du droit. Le droit européen en donne des exemples très intéressants, par exemple concernant l'interprétation du principe de subsidiarité.

## **II. La valeur ajoutée de la collaboration interdisciplinaire**

Quelle est la valeur ajoutée que peut apporter l'analyse économique du droit pour les deux disciplines engagées ? Le point de vue de l'économiste permet de distinguer deux types d'apport selon la perspective retenue, analytique ou politique.

### **A. La perspective analytique**

Les considérations qui précèdent pourraient donner l'impression que l'intérêt de l'analyse économique du droit se situe surtout dans le domaine juridique et que les économistes y trouveraient un intérêt moindre. Ce n'est pas le cas. Les bénéfices pour les économistes ne sont pas moins significatifs. Dans quelques secteurs du droit, comme la réglementation de la concurrence, les économistes et des juristes coopèrent utilement depuis longtemps. Mais il importe plus généra-

lement de « prendre le droit sérieusement ».

D'une part, une théorie économique robuste doit tenir compte des institutions et règles juridiques. La valeur des produits échangés sur le marché dépend essentiellement des droits qui sont transférés. Les théoriciens des droits de propriété étudient sur cette base comment les changements dans la définition des droits influencent les prix et l'allocation des ressources rares. De même, les spécialistes de l'économie du droit des contrats analysent l'intérêt de l'incomplétude pour assurer une meilleure prise en compte de l'incertitude inhérente à la plupart des activités économiques.

D'autre part, l'étude des comportements qui fait abstraction du cadre juridique existant risque de ne pas avoir de valeur dans le monde réel. Si les économistes écoutent ce que les juristes leur disent, ils seront capables de développer des modèles plus près de la réalité. L'approche de Coase est intéressante à cet égard. Laissant de côté les hypothèses souvent irréalistes de la théorie des prix, la théorie des coûts de transaction invite à étudier les contrats signés dans la vie réelle. Les économistes sont donc invités à étudier les clauses contractuelles et à analyser les règles juridiques qui régissent la formation et la substance des contrats. Ainsi, ils apprendront à apprécier les distinctions verbales des juristes, qui sont vues souvent comme des sophismes. Pourtant, ces distinctions sont souvent basées sur des points subtils, mais importants, que les économistes ont ignorés. Deux exemples peuvent éclaircir ce point important. La théorie économique des contrats incomplets ne peut pas offrir une discussion complète du concept d'autorité (c'est-à-dire

l'attribution du pouvoir de prendre des décisions à une des parties contractantes) sans prendre en considération les règles juridiques qui limitent l'exercice de l'autorité. Les limites d'autorité ne résultent pas seulement de circonstances non légales, comme la nécessité de la coopération et la structure de l'information, mais aussi de normes juridiques qui limitent directement la possibilité d'exercer une autorité attribuée. De la même manière, les modèles économiques basés sur la distinction entre responsabilité sans faute et responsabilité pour faute sont trop simples pour en déduire des conclusions sur les effets de la responsabilité dans la vie réelle. Le droit révèle une série impressionnante de distinctions qui invitent à améliorer l'analyse économique. Dans le cas de la responsabilité civile, citons simplement l'exonération pour la faute de la victime, la responsabilité *in solidum* et le renversement de la charge de la preuve. Ces raffinements devraient être inclus dans l'analyse afin d'étendre sa portée. Comment imaginer que les décisions des tribunaux relatives aux relations employé-employeur dans le cadre de l'interprétation du contrat de travail soient sans effet sur l'organisation du marché de l'emploi ou que les modalités de calcul des intérêts débiteurs sur les comptes bancaires telles qu'établies par le juge n'auront pas d'impact sur le marché du crédit ? En répondant à ces questions, l'économie du droit peut ainsi contribuer à renforcer le pouvoir explicatif et prédictif des modèles économiques. De ce fait, l'étude des normes juridiques et des institutions doit permettre aux économistes de participer aux réflexions normatives dominées jusqu'ici par les juristes. Elle brise une vision trop étri-

quée qui les maintient en dehors de domaines de recherches passionnants et des débats normatifs sur la construction et l'évolution des normes juridiques et des institutions.

Au cours des dernières années, l'analyse économique a donné naissance à un nombre impressionnant de modèles théoriques visant à expliquer comment les comportements humains sont influencés par le droit. Ces modèles sont perfectibles, mais une tâche importante est aujourd'hui la réalisation de travaux empiriques. Même aux États-Unis, où l'analyse économique du droit est reconnue dans le monde universitaire et a acquis un rôle significatif dans la pratique du droit, le nombre d'études empiriques reste réduit. Si l'objectif est de démontrer que les normes juridiques ont un impact sur la conduite et d'expliquer (ainsi que de prédire) comment les gens réagissent aux (changements de) lois, il peut être utile d'enrichir les modèles économiques traditionnels par les intuitions d'autres sciences sociales, notamment la psychologie et la sociologie (Behavioral Law and Economics, v. par ex. Substein, 2000).

## **B. La perspective politique**

La connaissance des institutions et des règles de droit est indispensable pour les économistes qui veulent participer au débat politique. Qu'il s'agisse de la politique de la concurrence, de la protection de l'environnement, de la résolution des conflits de la barémisation des pensions alimentaires, de la lutte contre la délinquance économique et financière ou de l'organisation du système judiciaire, la nécessité de connaissances économiques est évidente. L'économie du

(2) Cette distinction entre approche ex ante et ex post est mise en évidence par E. Mackaay (2002) dans son exemple du « film gâché » : Un Européen organise un voyage dans le grand nord canadien afin de faire un photo-reportage pour une revue populaire d'amateurs de la faune. Au retour de son expédition, il confie le développement des films à la boutique du quartier avec laquelle il fait habituellement affaire. Pour des raisons inexpliquées, ils gâchent les films. La question est alors de déterminer qui assume la perte ou, pour le dire autrement, si l'organisateur peut réclamer à la boutique l'ensemble du coût de l'expédition — 50.000 €.

Les juristes abordent la question rétrospectivement, en examinant l'accident qui s'est produit. Ils font appel à la notion de prévisibilité des dommages et de justice. Étant donné que la boutique ne pouvait prévoir des dommages de cette ampleur, il serait injuste de l'en tenir responsable. Le Code civil reflète ce jugement en édictant que, en matière contractuelle, les dommages se limitent à ceux qui ont pu être prévus au moment de la conclusion du contrat, sauf exceptions comme le dol, l'intention de causer un dommage ou la négligence grossière. Les économistes abordent la question prospectivement, en comparant les effets incitatifs résultant de la responsabilité de la boutique et de la règle contraire. Laissons en suspens pour l'instant la possibilité de déplacer le fardeau par l'accord des parties. Si la boutique est responsable, elle examinera en premier lieu les moyens à sa disposition pour réduire le fardeau : équipement plus fiable ; plus de personnel ; meilleure formation du personnel ; entrevue plus pointilleuse avec le client, etc. Elle choisira la ou les mesures dont le coût est inférieur aux économies engendrées au titre de la responsabilité. Le coût de ces mesures sera incorporé dans le coût de développement du film et ainsi réparti sur l'ensemble des clients. Pour les accidents de ce type qui se produisent malgré les précautions ou qui sont trop chers à prévenir, la boutique peut envisager de souscrire une assurance ou en assumer elle-même les frais à titre d'auto-assurance, les coûts étant toujours répercutés sur l'ensemble des clients dans le prix du développement des films. La loi étant uniforme, il faut présumer que toutes les agences de développement de films réagiront de la sorte.

Inversons le fardeau et examinons ce que fait l'organisateur de l'expédition sachant qu'il ne pourra réclamer les pertes résultant du film gâché. Au titre des précautions à sa disposition, il peut songer à apporter plusieurs appareils photo et à prendre plusieurs clichés de chaque scène ; à faire développer les films dans différentes boutiques, etc. Une comparaison de bon sens suggère que les précautions du côté de

*l'organisateur de l'expédition sont moins coûteuses et mieux ciblées que celles que pourrait envisager la boutique. Si les parties pouvaient discuter de la question et comparer les options, elles conviendraient sans doute de miser principalement sur les précautions prises par l'organisateur du voyage. La comparaison peut se concrétiser de la façon suivante. Plusieurs clients pourraient insister pour avoir un développement sans garantie autre que le remplacement du film, mais nettement moins cher. La boutique pourrait alors offrir plusieurs options et demander au client, au moment d'accepter les films pour développement, s'ils ont une valeur particulière et nécessitent des soins accrus. En cas de réponse affirmative, le coût plus élevé de développement, ou l'assurance supplémentaire, serait assumé directement par le seul client qui pose le risque plus élevé. Celui-ci peut alors comparer le coût du supplément avec celui des précautions à sa disposition et opter pour la solution la moins coûteuse.*

*Cet exemple permet de souligner plusieurs idées importantes. D'abord, le fait que le juriste raisonne en apparence sur le passé et l'économiste, sur l'avenir n'est pas une différence essentielle. La règle juridique énonce la solution qui, dans la plupart des cas, sera prospectivement la plus avantageuse, parce que la moins coûteuse, pour les deux parties. Ceci nous conduit à une deuxième idée importante à souligner. La règle juste du juriste coïncide ici avec la solution optimale de l'économiste ; il n'y a pas d'opposition entre les deux. Comme l'économiste est passablement explicite sur sa façon de raisonner, alors que le juriste l'est beaucoup moins sur son intuition de justice, l'arrimage effectué ici permet de placer l'intuition du juriste sur un fondement plus transparent et donc convaincant.*

droit invite les économistes à étudier le droit et les rend aptes à jouer le rôle plus important dans la construction de règles adaptées aux réalités économiques et sociales contemporaines.

Il existe toutefois une différence importante entre l'approche économique et l'approche juridique. Il s'agit de la perspective *ex ante* dans laquelle les économistes abordent les problèmes sociaux. Les juristes privilégient de leur côté souvent une perspective *ex post* (2). Ils se demandent si la solution d'un conflit individuel est conforme aux exigences de justice, en négligeant de ce fait les conséquences de la décision prise pour des cas futurs similaires. Le mythe du juge qui est la bouche de la loi est sans doute la cause principale de cette situation. On entend souvent dire que, dans les pays de *common law*, les juges disposent d'une plus grande discrétion pour appliquer des concepts non strictement juridiques. Il est vrai que dans le *common law* le droit est plus décentralisé et que l'économie offre une structure pour mieux organiser les règles et mieux comprendre les fondements du droit. Dans une tradition où le législateur, qui promulgue une quantité non négligeable de lois, est vu comme la source principale du droit, les juges paraissent moins libres de faire usage des concepts économiques. Si l'analyse économique pouvait offrir des recommandations pour améliorer le droit, son message devrait s'adresser au législateur et non pas au juge, qui ne pourrait qu'appliquer une norme antérieurement édictée. Mais l'argument de la souveraineté du législateur n'est guère convaincant. Aussi dans les pays de droit civil, le juge peut également profiter de l'analyse économi-

que. D'abord, le droit contient beaucoup de normes vagues (comme l'équité et la bonne foi). Ces normes sont le cheval de Troie de l'analyse économique dans la citadelle du droit positif. En effet, il est possible de donner une interprétation de ces normes vagues qui valorisent leurs fondements économiques sans pour autant provoquer de conflits avec les valeurs de justice. Ensuite, le législateur ne peut pas régler tout et on constate une tendance à laisser les juges trancher les questions difficiles. Le juge joue aujourd'hui un rôle de référent dans un nombre croissant de domaines depuis la « gestion » des activités économiques jusqu'aux problèmes les plus complexes touchant par exemple aux nouvelles technologies ou aux questions éthiques comme le préjudice de l'enfant handicapé. Pour pouvoir évaluer les conséquences des décisions judiciaires il faut une théorie des comportements humains et c'est précisément une telle théorie qu'offre l'économie. Trop souvent les décisions qui semblent justes dans un cas isolé peuvent provoquer des cas futurs similaires. Si le législateur change la loi sans réaliser les effets du changement ou si le juge tranche un conflit sans s'interroger sur les conséquences au niveau global, des effets pervers peuvent se manifester. Par exemple, dans les relations contractuelles les coûts de la protection des agents réputés les plus faibles (locataires, consommateurs, employés, ...) peuvent être facilement transférés à ces mêmes agents si l'élasticité de la demande le permet. Le but de corriger un déséquilibre dans les relations contractuelles risque alors de ne pas être atteint. Une perspective *ex ante* apparaît indispensable pour

prévoir ce type d'effets pervers.

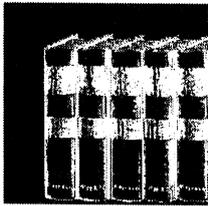
En définitive, l'économie du droit fait souffler un vent nouveau sur la théorie et la pratique du droit. Elle invite à redécouvrir le rôle du droit dans la société. Le droit et l'économie agissent réciproquement sur un grand nombre de fronts. Qu'il s'agisse du droit privé ou du droit public, les normes juridiques ont un impact sur le comportement des justiciables. Pourtant, formés le plus souvent comme des techniciens du droit, les futurs juristes sont généralement peu conscients des effets plus ou moins complexes et prévisibles que ces normes peuvent avoir sur l'organisation des activités ou le fonctionnement des marchés. L'analyse économique du droit peut combler cette lacune. Non seulement elle

fournit de nouvelles idées dans le raisonnement juridique, mais en plus les études d'impact fondées sur les techniques économiques expliquent pourquoi les règles ne conduisent pas au résultat souhaité en mettant en évidence des effets indésirables. La compréhension des mécanismes économiques est donc cruciale pour les juristes, les décideurs politiques, les magistrats et les avocats. Les producteurs et les utilisateurs des règles doivent être informés des conséquences de leurs décisions.

Il n'est cependant pas question de parer l'analyse économique de toutes les vertus. L'outil doit être utilisé prudemment. Mais il convient dans le même temps de ne pas lui imputer tous les maux. En particulier, l'économie ne prétend en aucune

manière dicter au droit les valeurs que celui-ci doit privilégier. Son ambition est de mettre en évidence les conséquences produites par le droit et d'explicitier la rationalité économique qui est à l'œuvre dans les textes et les décisions de justice. En cela, elle constitue une aide à la décision et à une meilleure adéquation par rapport aux objectifs assignés au droit par la société. Si on admet que les destinataires du droit sont rationnels (au moins partiellement), il convient de considérer le fait qu'ils intègrent les décisions juridiques dans leurs comportements. La contribution des économistes à l'étude du droit est donc principalement l'apport d'une théorie qui fait comprendre les effets des règles juridiques sur ces comportements (3).

- (3) Cette note peut être complétée à travers la lecture des articles suivants :
- J. Buchanan (1977) : *Good Economics, Bad Law, in Freedom and Constitutional Contract : Perspective of a Political Economist*, Texas A University Press.
  - G. Calabresi (1970) : *The Cost of Accident, A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press.
  - R. Coase (1960) : *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*,
  - B. Deffains (2004) : *Efficiency of Civil Law, in European law and Economics*, (Aristides N. Hatzis, Editeur), Edward Elgard, 2004.
  - B. Deffains (2002) : *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil* (B. Deffains, éditeur), Cujas, Paris.
  - B. Deffains (2001) : *Law and Economics in Civil Law Countries*, B. Deffains et T. Kirat (Editeurs) Elsevier, JAI Press, Amsterdam, 2001.
  - B. Deffains (2000) : *L'évaluation des règles juridiques : un bilan de l'analyse économique de la responsabilité civile : un bilan*, *Revue d'Economie Politique*, n° 6, p. 752-785.
  - R. Dworkin (1980) : *Is Wealth a Value ?*, *Journal of Legal Studies*, vol. 9, p. 191-226.
  - E. Mackaay (2002) : *L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes*, in B. Deffains, *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, Paris, p. 11-35.
  - H.-B. Schaeffer et C. Ott (2004) : *Economic Analysis of Civil Law*, Edward Elgard Publishing.
  - R. Posner (1973), *Economic Analysis of Law*, Little Brown & Co (dernière édition en 2003).
  - C. Sunstein (2000), *Behavioral Law & Economics*, Cambridge University Press.



# L'INTÉRÊT POUR LE SYSTÈME JURIDIQUE DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT

**MARIE-ANNE FRISON-ROCHE**

Professeur des Universités à Sciences Po  
Directeur de la Chaire Régulation

(1) Au titre des ouvrages généraux, on pourra se référer par exemple à Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Publications de la Sorbonne, coll. Droit économique, 2002 ; R. Cooter et Th. Ulen, *Law and Economics*, 2<sup>e</sup> éd., Addison-Wesley, 1998 ; Th. Kirat, *Économie du droit*, coll. Repères, La Découverte, 1999 ; B. Lemennicier, *Économie du droit*, Cujas, 1991 ; E.-A. Posner (éd.), *Chicago Lectures in Law and Economics*, Foundation Press, 2000 ; R.-A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 5<sup>e</sup> éd., Little Brown, 1998, *The Economic Structure of the Law*, edited by F. Parisi, E. Elgar, 2001 ; A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit : le cas français*, coll. Droit comparé, Éditions Panthéon-Assas, 2002 ; E. McKaay, *Analyse économique du droit*, T. 1, Fondements, 2003. Au titre des ouvrages spéciaux, c'est-à-dire des ouvrages consacrés à tel ou tel corps de règles ou branches du droit, on pourra notamment se reporter à V.-P. Goldberg, *Readings of the Economics of Contract Law*, Cambridge University Press, 1989 ; W.-M. Landes et R.-A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, 2003.

(2) On en restera à cette naïveté philosophique là, c'est-à-dire l'alliance d'une conscience chez celui qui agit de la fin qu'il poursuit (ici la qualité du droit) et de sa bonne foi dans la recherche de cette fin (ici la volonté effective de servir le droit le mieux possible). On peut avoir une vision plus soupçonneuse du corps des juristes, tournés plutôt vers la conservation du pouvoir que le droit offre, notamment parce sa technique n'est pas communément maîtrisée (P. Bourdieu, *Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*, in F. Chazel et J. Commaille, *Normes juridiques et régulation sociale*, coll. Droit et société, LGDJ, 1991, p. 95-99, spéc. 97, l'auteur évoquant la « distance à l'économie » qui permet au juriste de demeurer « pur »).

(3) A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit : le cas français*, préc. Il est remarquable, comme le souligne d'ailleurs L. Vogel dans sa préface, que l'analyse économique du droit soit si étrangère à la culture juridique française et si familière à la culture anglo-américaine que son analyse relève du droit comparé.

(4) On soulignera que les travaux francophones sont surtout pour l'instant le fait d'universitaires canadiens. V. principalement E. McKaay, *Analyse économique du droit*, préc.

(5) Th. Kirat et E. Serverin (dir.), *Le droit dans l'action économique*, Éditions du CNRS, 2000.

L'objet de réflexion est ici à dessein très étroit. L'ambition n'est pas de traiter de l'analyse économique du droit en tant que telle, en concentré ou en exemples. En cela, les présents propos ne sont pas des propos d'introduction (1).

1. Il s'agit plutôt d'expliquer pourquoi il est important en droit de prendre en considération cette méthode, de donner des raisons pour que les juristes passent quelque temps à étudier cette perspective, voire en intègrent quelques conclusions ou méthodes dans leur façon d'appréhender et de pratiquer le droit. La question posée est donc : en quoi l'analyse économique du droit peut contribuer à ce que le droit soit bien fait, ou simplement mieux fait ? En cela, ce sont des propos préalables.

2. Comme il s'agit de développer une perspective pragmatique, la question est plus triviale encore : en quoi les juristes, dont la fonction est de contribuer à un droit de la meilleure qualité possible (2), c'est-à-dire un droit le plus adéquat à ses fins, peuvent avoir intérêt, indépendamment de l'avantage diffus d'accroître ses connaissances et ses horizons, à connaître l'analyse économique du droit ?

3. Il me semble que lorsque la perspective est relativement étrangère à une culture, ce qui semble le cas de l'analyse économique du droit dont on répète à l'envi qu'elle est familière au monde anglo-américain et étrangère à la culture juridique française (3), on est plus prudent de démontrer déjà ce qu'il n'y a pas à craindre avant d'aborder ce qui produit intérêt.

4. Le préalable consiste donc à évoquer tout d'abord les dangers que l'analyse économique du droit serait censée faire courir au droit (I), afin d'être plus à l'aise pour en rechercher les intérêts pour le droit, c'est-à-dire pour les juristes (II).

## I. Les dangers que l'analyse économique ferait courir au droit

5. L'analyse économique du droit n'a pas bonne presse, à supposer même qu'on puisse dire qu'elle ait déjà une quelconque presse (4)... Cela résulte d'un mixte de malentendus et de craintes. Les malentendus sont fortement logés dans le postulat de la rationalité économique et dans la place première donnée au principe d'efficacité (A). La crainte concerne plutôt la perspective d'une domination disciplinaire, qui serait au bénéfice de l'économie et des économistes au cœur même de la maison du droit (B).

### A. Le postulat de la rationalité et le principe d'efficacité

6. La première cause de rejet en droit français de l'analyse économique du droit vient de la référence que celle-ci opère à la rationalité économique des agents. Cette rationalité, qui renvoie à l'individualisme méthodologique, suppose que chaque personne détermine des buts, des préférences, des fonctions d'utilité, pour la satisfaction desquels elle met en œuvre des actions. Les actions des personnes sont donc de nature stratégique. La rationalité conduit ainsi chacun à « maximaliser son profit ». C'est

ce postulat que l'on utilise pour apprécier le fonctionnement des règles en interaction avec les comportements des personnes, qu'il s'agisse des personnes qui adoptent les règles — générales ou individuelles — ou de celles qui les reçoivent et agissent pour les infléchir en amont et en aval (5).

7. On reproche à ce postulat de la rationalité économique de réduire l'âme humaine. Il s'agit là d'un malentendu qui vient du fait qu'on suppose que les buts que l'individu se choisit sont nécessairement des buts matériels. Dès lors, la maximalisation consisterait pour chacun à rechercher son propre bien-être économique et matériel, dans l'indifférence et d'autres fins et des buts poursuivis par autrui. C'est certes là le postulat du comportement de marché, ce sur quoi celui-ci est construit, parce que le marché est un espace économique à la fois atomisé et sur lequel ne circule que des biens, mais à aucun moment, en dehors de cet espace-là, l'analyse économique ne suppose que l'individu recherche et ne recherche que son bien-être économique.

8. Bien au contraire, la fonction d'utilité est une « boîte noire », c'est-à-dire un élément dont le contenu n'est pas appréhendé par la théorie, contenu auquel la méthode ne donne pas pertinence (6). Ainsi, l'individu peut très bien rechercher une satisfaction morale, il aura alors un comportement visant à satisfaire ce but-là. L'analyse économique se contente d'analyser la part stratégique de l'action des personnes, sans préjuger de la substance des fins poursuivies. Elle admet par avance la pluralité des fins et admet

(6) Sur cet effet considérable de l'attribution ou non des pertinences dans les systèmes normatifs, pris dans l'exemple de la théorie du marché, v. M.-A. Frison-Roche, *Le modèle du marché*, Archives de philosophie du droit, T. 40, Sirey, 1996, p. 287-314.

(7) E. MacKaay, *La règle juridique observée par le prisme de l'économie : une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit*, RIDE, 1986, p. 43 et s.

(8) Pour reprendre la conclusion de l'étude, critique à propos de l'analyse économique du droit, de B. Oppetit, *Droit et économie*, in *Droit et économie*, Archives de philosophie du droit, T. 37, Sirey, 1992, p. 17-26.

(9) Il est vrai que certains économistes accréditent cette idée d'une explication totale, comme le souligne V.-P. Goldberg, *Readings in the Economics of Contract Law*, préc. : « I do not want to oversell the virtues of the economic approach — overselling is one of the vices economists have been accused of in their forays into legal issues. Economics does not provide all the answers » (p. IX).

(10) C'est pourtant en imputant un tel postulat à l'analyse économique que celle-ci a tendance à être rejetée. V. not. A. Supiot, *La justice sociale saisie par la régulation*, in *Justice et droits fondamentaux*, Mélanges J. Normand, Litec, 2003, p. 427-438, et surtout *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil 2005, spéc., p. 26 et s.

(11) J. Carbonnier, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, *Année Sociologique 1957-1958*, repris in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, p. 136-148.

(12) B. Deffains, *supra*, p. 6 et s.

(13) Sur la définition de cet accroissement de ce bien-être, notamment par les critères de Pareto, et leur dépassement, v. not. J.-J. Laffont, *Intérêt général et intérêts particuliers*, in *L'intérêt général*, Rapport annuel du Conseil d'État, Rapport public 1999, Doc. fr., p. 421-428.

(14) B. Oppetit a mis en lumière l'importance de cette notion de système juridique dans l'article entre le développement de l'économie et du juridique (*Développement économique et développement juridique*, in *Droit et vie des affaires*, Mélanges A. Sayag, Litec, 1997, p. 71-82).

(15) Le droit se rapproche en cela de la médecine.

(16) Il est vrai que la philosophie morale de l'action est, comme l'analyse économique, essentiellement l'objet de travaux anglo-américains. Pour plus de développement, v. M.-A. Frison-Roche, *Valeurs marchandes et ordre concurrentiel*, in *L'ordre concurrentiel*, éd. Frison-Roche, 2003, p. 223-233.

notamment que les personnes puissent avoir des buts qui ne se limitent pas à leur bien-être. Leur comportement n'en sera pas moins stratégique.

9. Le mélange des mobiles justifie que se cumulent plusieurs types d'analyse, l'analyse morale comme l'analyse économique. Comme il a été souligné, l'analyse économique du droit est un « prisme » (7), n'ignorant pas que « l'homme n'est pas réductible à la seule efficacité » (8), ne se reflétant donc que sur une facette et n'excluant pas les autres. Ce n'est qu'en méconnaissant ce caractère partiel de l'analyse économique, en lui imputant une prétention de rendre compte de toutes les actions et les mobiles humains qu'on rejette l'analyse, en l'accusant de totalitarisme (9). Ainsi, le postulat de la rationalité, engendrant des actions individuelles de type stratégique, ne réduit pas la personne à une pure et identique volonté mécanique de bien-être économique individuel (10). C'est pourquoi il ne faut pas craindre que l'analyse économique du droit rétrécisse la représentation de l'être humain que le droit exprime.

10. C'est à la même aune qu'il faut comprendre le principe d'efficacité. L'efficacité peut être difficile à définir, notamment par rapport aux notions plus familières aux juristes que sont l'efficacité et l'effectivité. On s'accordera tout de même pour dire d'une façon générale, que l'effectivité désigne la qualité d'une règle à être véritablement appliquée, soit parce qu'elle est suivie spontanément par les personnes, soit parce que ceux-ci subissent un rappel à l'ordre lorsqu'ils la méconnaissent (11).

11. À côté de cela, l'efficacité caractérise l'aptitude d'une

règle à produire les effets pour l'obtention desquels on l'a adoptée, et plus largement encore l'aptitude d'un système à faire advenir les phénomènes qui lui sont bénéfiques (c'est notamment le sens donné à l'efficacité des marchés). Il est vrai que l'analyse économique est une analyse d'efficacité (12), par exemple celle de l'efficacité des marchés. L'effectivité d'une règle de droit ou d'une décision juridique particulière est le préalable à l'efficacité, et l'efficacité du phénomène juridique isolé participe à l'efficacité du système économique et social. Dans l'acception retenue dans l'analyse économique du droit, un phénomène juridique sera efficace s'il accroît le bien-être général (13).

12. Cette définition de l'efficacité est importante notamment en ce qu'elle renvoie à des corrélations entre les buts de chacun les uns par rapport aux autres, et à des corrélations entre ces stratégies personnelles et le système social, le système dans lequel la collectivité et l'individu s'ajustent et dans lequel les règles sont pareillement en interaction. Ainsi, lorsqu'il est si fréquent de soutenir que l'analyse économique du droit ne traduit que le droit anglo-américain, sa dimension ouvertement systémique le met au contraire en reflet des droits romanistes, pensés et conçus en système (14).

13. Toujours est-il que la considération du principe d'efficacité n'est en rien un appauvrissement du droit, venu de terre étrangère, et ce pour deux raisons. Tout d'abord, le droit est un art pratique, c'est-à-dire un ensemble d'instruments, de connaissances et de savoir-faire réunis pour produire un résultat (15). Dès lors, rien n'est plus familière au droit que l'idée comme quoi il faut

trouver le moyen le plus efficace pour passer de la règle au résultat concret escompté. Plus encore, l'efficacité caractérise toute action, dans la mesure où toute action, y compris l'action morale ou l'action esthétique, a pour fin l'atteinte du but préalablement posé (16).

## B. L'effet de domination de la pensée économique

14. Cette domination n'est pas à craindre dans son principe puisque l'analyse économique du droit ne s'intéresse qu'au segment entre deux moments, à savoir le moment rationnel où un objectif est posé par la personne et par la règle, et le moment où les comportements s'agencent, influés par l'instrument juridique adopté pour la satisfaction de cet objectif. Ainsi, pour ne prendre que cet exemple, le contenu que doit prendre un objectif d'intérêt général est fixé par le droit mais l'efficacité de la mise en œuvre peut être apprécié à l'aune de l'analyse économique du droit (17).

15. Plus encore, cela n'a pas de sens de poser que par l'analyse économique du droit, s'imposerait de ce seul fait une pensée libérale — que l'on qualifie d'« ultra-libérale si l'on veut la rendre effrayante et susciter rhétoriquement la crainte et le rejet —, renvoyant finalement à la puissance autorégulatrice des marchés (18). Cela peut être vrai concernant certains courants de l'analyse économique du droit, principalement issue de l'École de Chicago, laquelle prétend démontrer — notamment par le théorème de Coase (19) — que quelque soit le résultat juridique, notamment le dispositif du jugement de responsabilité, les parties réajusteront l'équilibre de leurs intérêts,

par le recours au contrat et au marché.

**16.** Mais cette conception, très spontanéiste (20), n'est pas requise par l'analyse économique du droit. En effet, si l'analyse économique du droit parvient à décrire les interactions entre les règles, générales et particulières, et les comportements, cela peut être pour mieux fournir des armes à des contraintes juridiques devenant plus efficace pour mieux contrarier les comportements de marché. Ainsi, le marxisme s'est essentiellement construit sur une analyse économique du droit (21), afin de briser des alliances collectives de pouvoirs.

**17.** Dès lors, l'analyse économique du droit offre aux pouvoirs politiques plus de marges de manœuvre, dans la gamme des mesures juridiques qui vont de l'accroissement de l'efficacité des ajustements de marché — ce qui est désigné comme la fonction de « facilitation » des ajustements spontanés d'intérêts — à la lutte contre les effets du marché, mis politiquement en balance avec d'autres intérêts, par exemple l'intérêt moral.

**18.** Il apparaît alors que ce qui est craint, ce n'est pas tant l'économie que les économistes... Cette domination disciplinaire peut effectivement s'opérer par la maîtrise technique que suppose l'analyse économique du droit. C'est ici la principale différence entre l'analyse économique du droit et l'analyse morale du droit. Il est remarquable que la dimension morale du droit, c'est-à-dire son analyse à travers cette grille de lecture là, n'a pas rencontré de réticence chez les juristes, alors que cette règle morale pré tend souvent à une universalité sans doute plus contestable encore que celle dont se

targue l'analyse économique (22). Il est généralement admis que le droit et la morale s'articulent pour le profit accru et du droit et de la morale, et nous disposons de nombreuses études de référence, au premier chef le livre de Georges Ripert sur la règle morale dans les obligations civiles (23).

**19.** Ce bon et traditionnel accueil par les juristes de l'analyse morale du droit vient non seulement d'une culture française que l'on dit plus familière de l'impératif moral que de l'impératif économique, mais encore du fait que la morale paraît accessible à tous, au juriste aussi, et qu'il peut lui-même en manier l'analyse. Pour ne prendre qu'un exemple, lorsque la Cour de cassation convia le professeur Jean Bernard comme expert en éthique, il a été souligné que la dimension éthique de la convention de mère porteuse aurait pu être dégagée par les juges sans ce recours extérieur. Ainsi, le juriste allierait sa connaissance de la part juridique de la règle, part dont le moraliste n'a pas toujours la maîtrise (24), et sa connaissance quasi-naturelle du bien et du mal.

**20.** À l'inverse, dont-acte que l'analyse économique du droit ne peut se faire sans les économistes car elle requiert des instruments que le juriste traditionnel ne maîtrise pas. Ainsi, le juriste qui veut bénéficier de cette grille de lecture là doit partager le travail avec d'autres (25), perspective qui, dans une perspective de sociologie des professions, peut constituer une entrave à l'analyse économique du droit (26). La difficulté n'est pourtant pas synonyme d'absence d'intérêt et le présent recueil de contributions, issues de rencontres entre économistes et juristes postule même l'inverse, à sa-

voir que cette collaboration participe directement de l'intérêt de l'analyse (27).

## II. L'intérêt pour le droit d'intégrer l'analyse économique du droit

**21.** L'analyse économique du droit présente un fort intérêt pour le droit, c'est-à-dire pour les juristes, ou plus largement pour ceux qui font du droit (28). En effet, alors que cela n'a pas de sens de soutenir que l'économie « est faite » par les économistes, notamment parce que l'économie est beaucoup moins un *artefact* que ne l'est le droit, celui-ci demeure fait en grande partie par les juristes, même si les pratiques notamment familiales ou contractuelles y ont part (29). Cela conduit à poser que l'intérêt pour que le droit de l'analyse économique du droit doit être avant tout perçu par les juristes. Cet intérêt doit être porté par eux pour que le droit en ressente les bienfaits.

### A. Les vertus générales pour le droit de l'analyse économique du droit

**22.** L'analyse économique du droit a plusieurs vertus générales, c'est-à-dire des bénéfices qui s'appliquent quelle que soit la branche juridique et quel que soit le type d'instruments (loi, contrat, décision individuelle unilatérale). On peut ainsi viser quatre vertus : la vertu d'explicitation, la vertu d'aide à la réforme, la vertu de simplification, la vertu d'incitation.

**23.** Quant à la vertu d'explicitation tout d'abord, l'analyse économique du droit permet de mesurer les effets économiques des règles et des décisions sur les comportements et de confronter

(17) Sur cet exemple de l'intérêt général, v. J.-J. Laffont, *Intérêt général et intérêts particuliers*, préc.

(18) Sur ce thème, v. not. E. Brousseau, *Les marchés peuvent-ils s'autoréguler ?*, in *Concurrence et régulation des marchés*, cahiers français, Doc. fr., 2003, p. 64-70.

(19) R. Coase, *Le coût du droit*, trad. et avant-propos Y.-M. Morissette, coll. *Droit, Éthique, Société*, PUF, 2000.

(20) *Spontanéisme qui caractérise aussi la conception de R. Posner puisqu'il affirme que la décision judiciaire est spontanément efficiente, ce qui est davantage une supériorité prêtée à la rationalité implicite de l'acte de juger qu'une défense organisée du système de common law contre les systèmes civilistes.*

(21) V. par ex. F. Zénati, *Le droit et l'économie au-delà de Marx*, in *Droit et Économie*, préc., p. 121-129.

(22) Sur la question méthodologique, dépassant donc les présentes questions préalables, v. not. A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit : le cas français*, préc.

(23) *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, retravaillé LGDJ, 1996.

(24) V., à titre d'exemple, l'analyse de F. Terré sur l'ouvrage de M. Cantos-Sperber, *Pitié pour les juristes !*, RTD civ. 2002, p. 247 et s.

(25) *L'une des raisons pour lesquelles l'analyse économique du droit se développe aux États-Unis vient du fait que de nombreux juristes, spécialement ceux qui étudient et font le droit économique, notamment le droit de la concurrence, ont une double formation complète et poussée en droit et en économie, ce qui n'existe guère en France. Cela peut éviter le toujours difficile écueil de travailler avec des personnes d'autres disciplines.*

(26) *Cette réticence peut certes être présentée comme une volonté des juristes de conserver le pouvoir du droit pour eux (dans ce sens v. Y. Dezalay, *Marchands de droit : la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, 1992 et plus encore Y. Dezalay et B.-G. Garth, *La mondialisation des guerres de palais. La restructuration du pouvoir d'État en Amérique Latine, entre notables du droit et « Chicago Boys »*, Seuil, 2004, qui explicite cette thèse à propos de l'analyse économique du droit de l'École de Chicago). D'une façon moins soupçonneuse, il peut s'agir aussi de la difficulté de travailler avec des personnes d'un savoir et d'une culture différents, difficulté d'autant plus forte que les professions en cours sont fortement constituées (v. d'une façon générale, Cl. Dubar et P. Tripiér, *Sociologie des professions*, A. Colin, 2003).*

(27) Les juristes peuvent aussi nuancer la représentation parfois schématisée que la théorie économique renvoie d'eux-mêmes. Ainsi, l'idée que les juristes conçoivent la règle comme un moyen ex post de régler des conflits et non pas un moyen ex ante d'induire des comportements, ne correspond pas à l'idée même que les juristes se font du droit. Peut-être exact en droit de common law, parce que le droit positif advient sous la forme d'une décision judiciaire formellement provoquée par une action juridique d'une personne contre une autre, elle ne correspond pas à la vision romaniste d'un droit prescriptif, à travers la prééminence de la loi, moyen ex ante par excellence. Plus encore, la fluidité du droit qui par le continuum de la jurisprudence crée du droit qui, en réglant un conflit, a pour effet, voire pour fin, de prescrire les comportements ultérieurs, rend difficile d'utiliser la distinction usuelle ex ante/ex post, parce qu'artificielle.

(28) En effet, « ceux qui font du droit » n'appartiennent à une profession unifiée, en tout cas nettement moins en France qu'aux États-Unis ou en Angleterre à travers la profession des lawyers (sur cette dimension sociologique, v. Cl. Dubar et P. Tripier, *Sociologie des professions*, préc. ; M.-A. Glendon, *A Nation under Lawyers : how the crisis in the Legal Profession is transforming American Society* Farrar Straus & Giroux, 1994). Dès lors, en France non seulement ceux qui font le droit sont fragmentés, notamment entre les avocats, les magistrats, les directeurs juridiques, les professeurs, etc., mais la tradition confie souvent la tâche de faire le droit à des personnes n'ayant pas fait d'études de droit ou exercé préalablement comme juristes (sur cette dimension, v., par ex. B. Kriegel, *La défaite de la justice*, in *La justice. L'obligation impossible*, Points, 1999, p. 149-155).

(29) Pratique juridique spontanée mais aussi pratiques sociales qui interfèrent avec les comportements et s'intègrent dans la rationalité de ceux-ci. Pour une étude sur cette interférence, v. Ellickson, *Law and Economics discovers social norms*, *Journal of Legal Studies*, vol. 27, 1998, p. 537 et s.

(30) Dans ce sens, B. Oppetit, *Droit et économie*, préc., p. 26.

(31) Sur cette dimension socio-économique, v. not. Y. Chaput, *De la faillite à la gestion du surendettement : sociologie des plans de redressement des entreprises en difficulté*, in *Sociologie du droit économique*, *Année Sociologique*, 1999/2, p. 305-338.

(32) Sur l'analyse économique du droit des procédures collectives, R. Blazy, *La faillite. Éléments d'analyse économique*, coll. *Approfondissement de la Connaissance Économique*, *Économica*, 2000.

ceux-ci aux buts pour lesquels la règle avait été adoptée. De ce seul fait, *satisfecit* est donné à la règle dont l'application concrétise sa finalité. La cause finale du phénomène juridique, y compris le contrat, devient le centre du dispositif, tandis qu'est dressé un constat d'échec concernant le procédé juridique qui n'atteint pas son objectif.

24. Dès lors, l'analyse économique conduit à expliciter les finalités assignées au phénomène juridique par son auteur, finalités confrontées aux buts poursuivis par ses utilisateurs. Il peut y avoir unicité de personnages, par exemple lorsqu'il s'agit d'un contrat dont les auteurs sont en même temps les utilisateurs, ou dissociation de personnages, dans le cas de la loi ou de la décision d'un tiers (un jugement, un acte administratif individuel).

25. Il faut replacer cette vertu d'explicitation des fins dans une perspective démocratique du droit, alors même qu'on affirme aisément que l'analyse économique du droit est technocratique et antidémocratique. En effet, en obligeant les auteurs du droit à expliciter les buts qu'ils poursuivent en utilisant leur pouvoir normatif, recoupant ainsi l'obligation du juge de motiver sa décision mais imposant un semblable processus pour les acteurs juridiques souverains, tels le législateur ou les contractants, l'analyse économique du droit fait reculer le dogmatisme (30).

26. La nécessité d'une explicitation des buts poursuivis rejoint l'idéal démocratique, selon lequel la démocratie requiert une discussion autour de ces fins, discussion ainsi favorisée par l'analyse économique du droit.

27. Ce lien entre explicitation des buts et analyse économique du droit produit une autre effet : plus un droit est explicitement finalisé, et plus les juristes font de l'analyse économique du droit à la façon de M. Jourdain. L'exemple le plus net peut être pris dans la vieille matière des procédures collectives. Dès l'instant qu'on avait posé dans la loi du 25 janvier 1985 que les règles ont pour fin le redressement des entreprises (31), l'analyse économique a été spontanément suivie par les juristes qui ont confronté les résultats, à savoir la disparition des entreprises soumises à une procédure collective pour 95 % d'entre elles (32), avec le but de la loi, à savoir le redressement des entreprises grâce aux procédures collectives. La vertu d'explicitation mute en vertu de décapage.

28. En cette matière des défaillances des entreprises, la première conséquence en a été une interprétation parfois audacieuse des textes par la jurisprudence pour mieux servir le but de la législation. La seconde conséquence a été la refonte régulière de la loi, toujours dans le même espoir de redressement. Ainsi, si la loi ne cesse de varier en la matière, on peut dire que depuis des décennies, son but demeure clair et constant. À ce titre, l'on pourrait affirmer que le droit des procédures collectives, avec ses multiples réformes, est plus constant que bien d'autres.

29. Quant à la vertu d'aide à la réforme, elle découle de l'enseignement que l'analyse des échecs produit. Il ne faut pas limiter cette vertu à la loi, le législateur étant certes incité à modifier les dispositifs généraux en raison de leurs effets constatés, elle vise tout autant les juges, la réforme prenant alors la forme du re-

virement de jurisprudence, voire aux contractants dans l'adaptation de leur accord.

30. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'affirmer que toute contrariété entre les buts de la règle, générale ou particulière (la loi, l'acte administratif général ou individuel, le jugement, le contrat) et les comportements des destinataires (qui violent la loi, récidivent, refuse d'exécution l'obligation, etc.), ce qui relève finalement d'un conflit entre deux volontés stratégiques, doit se traduire *ipso facto* par un changement du côté du droit. La réforme est concevable, elle n'a rien d'automatique. C'est précisément parce que le droit n'est pas pour seule règle l'efficacité économique, qu'elle peut pouvoir demeurer, estimant que c'est aux comportements des destinataires de changer, pour servir un impératif moral notamment (33).

31. Plus encore, le constat d'inefficacité pouvant conduire à la réforme, au revirement de jurisprudence, à une renégociation du droit, à un changement de doctrine administrative, à l'adoption de nouvelles règles directrices, etc., ne dicte pas la nature de la réforme. En effet, l'auteur reste maître de l'alternative suivante : soit changer le but pour lequel l'instrument juridique avait été adopté, soit changer l'instrument pour atteindre un but maintenu. Cela dépend de l'espoir qui demeure du caractère atteignable de la finalité première, et là aussi le droit des procédures collectives est le plus explicite de cela.

32. L'on peut viser une hypothèse plus nouvelle. Admettons que le droit des sociétés, à tout le moins le droit des sociétés cotées, a pour fin la protection de l'actionnaire, contraint d'entrer dans

une relation dans laquelle il doit s'en remettre au mandataire social. Le droit des sociétés, à tout le moins le droit nord-américain des sociétés, a été très influencé par les théories économiques de l'asymétrie d'information et de la relation d'agence. Les scandales successifs montrent l'inadéquation des règles, du système des règles juridiques, comptables et de régulation des marchés financiers. Faut-il seulement changer les instruments en appuyant toujours davantage sur le principe d'information, comme l'ont fait les auteurs de la loi Sarbanes-Oxley, puis ceux de la loi de sécurité financière (34) ? Faut-il changer le mode de protection des investisseurs, par exemple en développant les incitations plus adaptées à destination des dirigeants ? Faut-il revoir la finalité même que l'on a donné peu à peu au droit des sociétés (35) ?

**33.** Quant à la vertu de simplification, elle est plus utile aujourd'hui qu'hier parce que le droit français ne s'y conforme plus guère et l'on ne cesse de regretter la noble simplicité du Code civil. À supposer, supposons-le, qu'on ne puisse retrouver cette simplicité substantielle, il faut trouver des règles qui redonnent une lisibilité à un magma de règles. Comme le souligne Louis Vogel (36), c'est parce que la compréhension du fatras jurisprudentiel nord-américain a été difficile que l'analyse économique du droit a trouvé prise, en ce qu'elle a simplifié l'analyse particulière et globale de la jurisprudence.

**34.** Le droit français bénéficiait d'autres mécanismes de simplification dans la perception du système, notamment par la concentration de règles simplement énoncées par la Cour de cassation. Les vertus de ce système s'effaçant,

si l'on ne se contente pas d'un effort de restauration, l'analyse économique du droit peut satisfaire d'une nouvelle façon cette vertu de simplicité que tout système juridique recherche pour être accessible et efficace.

**35.** Quant à la vertu d'incitation, passant de la dimension descriptive à la dimension normative (37), l'analyse économique permet d'adopter un comportement plus efficace. La vertu d'incitation se distingue de l'aide à la réforme, en ce que l'explicitation peut suffire à produire un réajustement des comportements. En effet, par la seule connaissance que les opérateurs, auteurs et destinataires des normes, ont des interactions, ils ajustent plus finement leur comportement. L'analyse économique du droit est autoréalisatrice, en ce qu'elle affine les comportements stratégiques et accélère les apprentissages.

## B. Variation de l'intérêt suivant les branches du droit

**36.** La question ici est de déterminer s'il existerait des matières juridiques qui gagneraient plus que les autres à accueillir l'analyse économique du droit. On constate que les travaux ont massivement porté sur la responsabilité civile, le droit des contrats, le droit de la concurrence et de la réglementation économique, et continuent de les privilégier. Est-ce que cela correspond à une adéquation particulière entre l'objet et la méthode ? À première vue, on y décèle plutôt le fait que l'analyse économique du droit est née aux États-Unis, appliquée à des décisions judiciaires et dans ces matières civiles, façonnées par la jurisprudence et dans lesquelles les intérêts des entreprises

sont directement impliqués (38).

**37.** Pourtant, cela ne s'impose pas en soi, il s'agit plutôt de plus ou moins grandes facilités culturelles. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'appliquer une analyse économique au droit économique, il y a une sorte de tautologie que l'on retrouve notamment dans le droit de la concurrence (39). Cela tient également à une donnée technique : lorsque la branche du droit a un objet économique, les instruments d'analyse économiques trouvent des prises aisées : ainsi, on mesure les créations d'emploi, l'ouverture à la concurrence, l'accroissement des gains de productivité, l'augmentation du chiffre d'affaires, la montée des cours. Ce ne sont donc pas des objets plus naturels, ce sont des objets plus faciles (40). Cette facilité justifie pleinement qu'on les privilégie.

**38.** Lorsqu'on aborde d'autres branches du droit, le droit pénal, le droit de la famille ou la procédure, deux obstacles interviennent. En premier lieu, la proportion qui existe toujours entre le souci économique et d'autres soucis, le souci moral ou le souci affectif ou le souci de conservation de l'ordre, s'équilibre différemment. Dès lors, l'analyse économique ne révélant qu'une part plus réduite, et donc moins significative, des *ratio legis* et des causes de comportement, sa vertu explicative et sa capacité à engendrer les réformes décroissent.

**39.** C'est sans doute pourquoi l'analyse économique de l'arrêt Perruche s'est heurtée à une réticence, parce que cette affaire de responsabilité et d'assurance portait aussi sur l'idée de vie, et sur un enfant. Ainsi, on peut penser que la famille se prête moins bien à l'analyse économique

(33) Sur cette balance nécessaire, par exemple appliquée au droit de la propriété intellectuelle, v. P.-Y. Gautier, *La protection juridique de l'innovation aux conflits de l'économie et de l'éthique*, in *Propriétés intellectuelles. Le droit favorise-t-il l'innovation ?*, dossier Dr. et patr., octobre 2003, p. 70-72.

(34) Sur l'influence sur la seconde des conceptions dont la première est née, v. D. Hurstel et J. Mougel, *La loi Sarbanes-Oxley doit-elle inspirer une réforme du gouvernement d'entreprise en France ?*, Rev. sociétés, janvier 2003, p. 13-50.

(35) V. par ex., N. Decoopman et Ch. Légevaques (dir.), *Splendeurs et misères de la corporate governance*, n° spécial, LPA 2004, n° 31 ; M.-A. Frison-Roche, *Régulation et droit des sociétés. De l'article 1832 du Code civil à la protection du marché de l'investissement*, Mélanges D. Schmidt, Joly, 2005, p. 251-267.

(36) Préface de A. Ogus A. et M. Faure, *Économie du droit : le cas français*, préc., p. 6.

(37) V. présentation de B. Deffains, avec le paradoxe que l'analyse économique du droit descriptive construit le dogme de l'efficacité inconsciente des juristes qui font le droit, alors que la prétention normative de l'analyse économique, en distinguant les solutions efficaces et les solutions inefficaces, et en conseillant de faire en sorte que les premières sont préférées aux secondes, reconnaît que les juristes, les juges notamment, n'ont pas cette merveilleuse science infuse de l'efficacité.

(38) Ainsi, l'analyse fondatrice de R. Coase porte sur l'hypothèse d'une condamnation d'une entreprise ferroviaire à indemniser une victime, reprenant en cela un cas précédemment traité par un économiste anglais (*Le coût du droit*, préc.).

(39) Des travaux sont régulièrement faits sur l'efficacité du droit de la concurrence (et moins, à ma connaissance, sur l'efficacité du droit de la famille), le plus souvent à l'initiative des organes en charge du droit eux-mêmes. V. par ex. sous l'égide de la DGCCRF, *L'efficacité des décisions en droit de la concurrence*, n° spécial, LPA du 28 décembre 2000, et sous l'égide du Conseil de la concurrence, *L'efficacité du droit de la concurrence*, Gaz. Pal., 2002.

(40) Les thèmes des contributions de ce présent numéro ont d'ailleurs été choisis en considération de cet accès facile.

(41) Cela explique en grande partie les réticences face aux travaux de G. Baker, qui analyse le droit de la famille à travers la figure du marché.

(42) D. Grillet-Ponton, *Famille et droit fiscal*, coll. *Droit, Éthique, Société*, PUF, 1998.

(43) C'est notamment l'objet de la contribution de R. Posner, *Values and Consequences : An Introduction to Economic Analysis of Law*, in E.-A. Posner (éd.), *Chicago Lectures in Law and Economics*, préc., p. 189-201. Il souligne à propos de l'adoption d'enfant que soutenir l'inanité d'un marché tout en admettant l'incitation des femmes à ne pas avorter en prenant en charge le placement heureux des enfants est simplement économiquement contradictoire, car les deux hypothèses peuvent en réalité se réduire l'une à l'autre.

(44) L'analyse économique a ainsi depuis longtemps pointé le paradoxe, manière souvent aimable de désigner une contradiction que l'on espère dépasser, à propos du droit de la concurrence qui a pour but de protéger le consommateur, surtout dans la conception nord-américaine de celui-ci, et qui ne produirait que des surcoûts nuisibles à celui-ci, en ce que les règles du droit de la concurrence sont détournées par les petits opérateurs (v. not. R.-H. Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978, nouvelle éd. 1993, New Press).

(45) Parmi une très abondante littérature, on peut notamment se reporter au rapport annuel du Conseil d'État, *Services publics, services universels*, Doc. fr., 1996.

(46) L'insertion dans le droit positif de la théorie des facilités essentielles est exemplaire de cela. Pour ce mouvement, v. par ex. M. Glais, *Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence*, in *Collectivités publiques et concurrence, Rapport public du Conseil d'État*, Doc. fr., 2002, p. 403-423.

(47) Les travaux sont désormais importants, y compris en France, ce qui fait penser que l'aspect à la fois mécanique et systémique de la procédure (au sens large d'organisation institutionnelle et de règle de déroulement des procès) a permis relativement aisément d'évaluer le rapport coût/qualité. On se reportera notamment aux travaux de L. Cadet (direction de l'économie de la justice, *Revue internationale de droit économique*, 1999, n° 2 ; *Ordre concurrentiel et justice*, in *L'ordre concurrentiel*, Mélanges A. Pirovano, éd. Frison-Roche, 2003, spéc. p. 109-143). V. aussi G. Canivet, *Économie de la justice et procès équitable*, *JCP* 2002. I. 361, M. Doriat-Duban, *Analyse économique de l'accès à la justice : les effets de l'aide juridictionnelle*, *RIDE*, 2001, n° 1, p. 77-100.

du droit parce que, même s'il est vrai que la famille est une structure économique et que les comportements des personnes peuvent avoir des causes économiques, cette part en est sans doute moins prépondérante et le prisme de l'analyse économique fausse alors la perception d'ensemble (41). Plus encore, si l'on prend la vertu d'incitation, elle devient plus délicate en raison de la trop grande variété des mobiles pour agir dans la sphère familiale et affective.

40. Un bon exemple peut être pris du droit de la filiation. L'analyse postule que l'on incite à faire des enfants en fonction des critères économiques. C'est notamment l'idée sous-jacente à bien des dispositions fiscales, dans une interaction permanente avec une fiscalité traduisant une organisation familiale et cherchant à la modeler (42). Si l'on ne prend que l'analyse économique, elle peut conduire à des propositions qui peuvent paraître choquantes, comme la proposition faite notamment par Richard Posner d'un marché des enfants à adopter. L'analyse économique du droit demeure pertinente cependant parce qu'elle peut mettre en valeur la cohérence ou l'incohérence des règles, les unes par rapport aux autres (43). L'exigence de cohérence vaut en toutes matières, économiques (44) ou non, parce que c'est la qualité même des systèmes, le droit pouvant prétendre aux qualités de l'organisation en système, notamment la prévisibilité de son fonctionnement.

41. Ainsi, pour prendre un exemple moins brûlant mais qui fut ressenti à l'époque comme tout aussi crucial, l'analyse économique appliquée au droit des services publics, qui ulcéra un temps parce qu'on y voyait le lin-

ceul du droit public, de l'idée de nation et de solidarité, permit de faire avancer et la conception théorique et les règles pratiques en la matière. En passant notamment de la notion juridico-politique de service public à la notion juridico-économique de service universel (45), passage relayé fortement par le droit communautaire, droit dont la nature est économique-politique, la perspective économique a modifié les prévalences, faisant passer la notion concrète d'accès avant la notion abstraite d'intérêt général (46).

42. L'évolution est en cours concernant un autre corps de règles, dont on considérerait naguère qu'il était frappé d'une sorte de déchéance si on y appliquait une analyse économique, à savoir le droit organisant les juridictions et les procédures. Sous prétexte que la justice n'a pas de prix, on récusait longtemps l'idée même, offusquante, d'en analyser les coûts. Aujourd'hui, les nécessités budgétaires et une conception moins grandiloquente de la procédure se traduisent par des mesures précises de l'efficacité de la machine juridictionnelle, sous l'effet notamment de la LOLF (47).

43. Cet exemple permet de revenir au lien naturel entre analyse économique du droit et droit économique, non plus en amont, comme quoi le droit économique se prête à ce type d'analyse, mais en aval, montrant que l'analyse économique du droit tend à transformer les branches du droit en droit économique. Parce que le droit économique traduit davantage une façon d'appréhender les règles qu'un corpus fixé de règles (48), le fait d'appliquer un mode d'analyse qui repose sur la prévalence des finalités, la mesure de l'impact des décisions sur les comporte-

ments, et la vérification du succès ou de l'échec des règles, a tendance à transformer des branches non traditionnellement insérées dans le droit économique.

44. Ainsi, parce que le droit économique est distinct du droit des affaires, il est traditionnel d'affirmer que, tandis que le droit de la concurrence est le cœur du droit économique (49), le droit des sociétés n'en ferait pas partie. Mais parce que le droit des marchés se prête à l'analyse économique du droit, par exemple les règles réprimant les délits boursiers (50) ou celles qui organisent l'information insérée dans les cotations (51), par ce biais le droit des sociétés tout entier est en train de devenir du droit économique. Cette idée d'une société comme forme juridique d'une entreprise et comme forme d'organisation de marché, est une idée certes ancienne dans la doctrine juridique française (52), mais l'analyse économique du droit lui donne une nouvelle vigueur et participe à sa concrétisation de plus en plus forte en droit positif.

45. Ce processus de transformation du droit par l'analyse qui en est faite joue également dans le droit des contrats et dans le droit de la responsabilité civile, là où se sont développés les premiers travaux aux États-Unis, à travers l'efficacité des sanctions (53) ou l'incitation que doit produire les condamnations des responsables. Cette transformation est un enrichissement car perdre par ailleurs le souci du droit de veiller à d'autres impératifs extrinsèques, tel l'impératif moral (54), ou des impératifs intrinsèques, tel le respect de la hiérarchie des normes (55). Ce qui font le droit doivent alors préserver l'équilibre général entre tous ses éléments.

### C. L'intérêt suivant les métiers de juristes : l'exemple du législateur

**46.** Comme il faut distinguer entre les branches du droit, il faut distinguer selon les juristes, non seulement parce qu'en France il n'existe pas la même fluidité sociologique dans la profession des *lawyers*, mais parce que les fonctions des uns et des autres ne sont pas les mêmes dans le système. On distingue principalement le législateur et le juge. On s'intéressera ici plus particulièrement au législateur, au sens matériel voire sociologique du droit, c'est-à-dire à celui qui prend des décisions générales et abstraites dans le but d'influer sur les comportements afin de les rendre conforme aux buts poursuivis par l'auteur de la règle. À ce titre, le Parlement, le pouvoir réglementaire mais aussi certains organismes, comme les régulateurs ou les ordres professionnels, exercent une fonction de législateur.

**47.** En évoquant la fonction du législateur, on mesure à quel point l'analyse économique du droit disponible dans les ouvrages nord-américain est imprégné de la culture juridique nord-américaine. En effet, les règles générales et abstraites qui vont au-delà des matériaux de base que sont les droits de propriété ou la liberté de conclure des contrats obligatoires et l'obligation de répondre des dommages causés, sont perçus comme des « réglementations », alors que la culture romaniste n'a jamais réduit la législation à cela (56).

**48.** L'analyse économique du droit dessine donc la règle qui sera la plus efficace par rapport à un objectif que le législateur pose souverainement, mesure d'efficacité couramment pratiquée lors-

que la loi interfère dans l'organisation économique, par exemple par l'attribution de monopoles. Il ne s'agit pas d'examiner en soi les outils qui aboutissent à ces conseils mais de souligner que le législateur a intérêt à recueillir de tels avis, qui valent bien d'autres avis et qui peuvent être mis en balance avec ceux-ci.

**49.** Pour que le législateur français profite de l'analyse économique du droit, il faut considérer deux choses. Tout d'abord, il faut avoir une conception relativement instrumentalisée de la loi, c'est-à-dire percevoir la loi comme un moyen qui répond à une certaine situation, situation qui requiert l'adoption d'une nouvelle règle en considération de certains buts politiquement posés. Cela ne pose pas de problème car il y a longtemps que le législateur ne considère plus sa souveraineté comme une puissance au service de sa volonté pure (57) mais comme un moyen plus fort et plus légitime que d'autres de répondre à une situation, la situation constituant donc la cause de la loi puisqu'elle est ce à quoi la loi répond.

**50.** Ensuite, il faut admettre l'idée même de succès et d'échec de la loi, c'est-à-dire intégrer l'application de la loi dans le jugement porté sur la loi (58). Cela est acquis pour des législations emplies de factualité, notamment le droit des faillites (59), le droit pénal dont le souci du chiffre noir est une façon d'intégrer l'efficacité, le droit des marchés ou le droit social. Dans des matières qui développent une conception plus formelle, la notion d'échec et de succès prend moins racine dans l'examen des effets concrets de la législation. Ainsi, en France, pour reprendre un exemple précédemment abordé (60), la lé-

(48) G. Farjat, *La notion de droit économique*, in *Droit et Économie*, préc., p. 27-62. Pour le droit économique, PUF, 2004, spéc. p. 32 et s.

(49) G. Farjat, *Droit économique*, 2<sup>e</sup> éd., coll. *Thémis*, PUF, 1982.

(50) B. Deffains et F. Stasiak, *Les préjudices résultant des infractions boursières : approches juridique et économique*, in *Le droit saisi par l'économie*, préc., p. 177-186.

(51) V. par ex. Nussenbaum, *La complémentarité fonctionnelle du droit et des marchés financiers*, in *Sociologie du droit économique*, préc., p. 407-426.

(52) On se référera notamment aux travaux de C. Champaud (par ex. *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962), de J. Paillusseau (par ex. *La modernisation du droit des sociétés commerciales, une reconception du droit des sociétés commerciales*, D. 1997, chron., p.) ou de P. Didier (par ex. *Théorie économique et droit des sociétés*, in *Droit et vie des affaires, mélanges A. Sayag*, Litec, 1997, p. 227-241).

(53) Cela engendre un nouveau type de travaux juridiques, par exemple la thèse d'Y.-M. Laithier, *L'efficacité des sanctions contractuelles*, LGDJ, 2004.

(54) *Supra* n<sup>os</sup> 8 et s.

(55) *L'équilibre n'est pas toujours aisé à faire entre ces considérations intrinsèques et extrinsèques*. V. par ex. Th. Tuot, *La sauvegarde et l'adaptation de la hiérarchie des normes en matière de régulation*, in *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Série Droit et Économie de la Régulation*, Presses de Sciences Po, Dalloz.

(56) C'est ainsi qu'A. Ogus et M. Faure, suivant en cela la méthode dégagée aux États-Unis, évoquent non pas la législation mais la réglementation, par traduction littérale de *regulation*, et traite la question de la réglementation comme s'il s'agissait d'une branche du droit à côté des contrats et de la responsabilité (préc., p. 143 et s.). On mesure à cette occasion une des difficultés d'appliquer l'analyse économique du droit en France, à savoir la difficulté de la traduction (sur le possible contresens entre *regulation*, réglementation, régulation, v. M.-A. Frison-Roche, *Définition du droit de la régulation économique*, D. 2004, chron., p. 126-129). Sur une discussion approfondie de cette question terminologique, v. J.-B. Auby, *Régulation et droit administratif*, in *Études G. Timsit*, Bruylant, 2004, p. 209-234, spéc., p. 211 et s.

(57) M. Bastit, *Naissance de la loi moderne*, coll. *Léviathan*, PUF, 1990.

(58) On mesure ici la parenté très forte entre l'analyse économique du droit et l'analyse sociologique du droit. Les méthodes diffèrent mais les postulats sont analogues.

(59) L'idée de « faillite de la faillite » peut alors être mise en valeur (F. Terré, *Droit de la faillite ou faillite du droit ?*, *Rev. jur. com.*, 1991, p. 1 et s.). V. aussi M.-A. Frison-Roche, *Le législateur des procédures collectives et ses échecs*, in *Le droit des procédures collectives*, Mélanges A. Honorat, Éd. Frison-Roche, 2000, p. 109-119.

(60) *Supra* n<sup>os</sup> 44 et s.

gislation en matière de droit des sociétés n'a été que peu saisie par l'analyse économique du droit, sauf précisément si elle est appréhendée à travers l'efficacité du marché financier. La considération de celle-ci alimente le courant de plus en plus puissant de *Law and Finance*, nouveau développement du mouvement historique *Law and Economics*, qui se saisit du droit des sociétés dans la perspective de l'intérêt des investisseurs.

**51.** Cette observation du droit par cette analyse n'est pas seulement factuelle, elle est normative indépendamment même des réformes qu'elle peut inspirer. En effet, si l'on applique une méthode d'analyse économique — et financière — à une branche du droit plutôt formellement conçue, on participe à sa factualisation. Ainsi, le droit des sociétés est en train de devenir de plus en plus factuel, notamment parce qu'on me-

sure ses effets à l'aune de l'efficacité du marché et de la protection de l'investissement. Dans ce mouvement, la loi sur la sécurité financière est exemplaire de cette inflexion que l'analyse économique donne au droit des sociétés, certes par l'aller et retour que la législation a opéré avec les États-Unis, la loi de sécurité financière étant inspirée de la loi Sarbanes-Oxley, laquelle était elle-même influencée par l'analyse économique de la *corporate governance*.

**52.** Une fois que le législateur intègre la perspective de l'échec de la loi, c'est-à-dire donne pertinence à cet échec en lui attribuant un effet, il faut d'une part qu'une évaluation des lois soit menée pour mesurer succès et échec des lois, il faut ensuite que le constat d'un échec ait pour effet une modification de la loi. Là aussi, la conception française de la loi a évolué de cette double façon, avec une

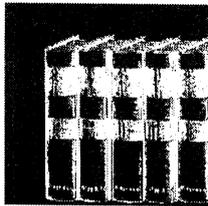
pratique d'évaluation et avec l'idée des lois expérimentales et des réformes régulières (61).

**53.** Mais surtout, et c'est sans doute là le plus difficile et le plus fructueux, il faut que le législateur explicite ces buts, pour que l'analyse soit fructueuse. Voilà un effet très précieux : le législateur doit expliciter les finalités qu'il poursuit en adoptant une loi. S'y astreignant, il doit mentionner au besoin plusieurs fins, et dans un tel cas articuler une règle de préférence entre les buts. Cela conduit alors le législateur à une obligation de cohérence de la législation et du système juridique. Cela permet aussi de le soumettre au contrôle démocratique évoqué plus haut (62).

**54.** On reconnaîtra que n'est pas le moindre mérite de l'analyse économique du droit.

(61) V. not. J. Commaille, *L'esprit sociologique des lois*, coll. *Droit, Éthique, Société*, PUF, 1994 ; J. Commaille et B. Jobert, *Les métamorphoses de la régulation politique*, coll. *Droit et Société*, LGDJ, 1998.

(62) *Supra* n<sup>os</sup> 25 et s.



# LA PERTINENCE DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : LE POINT DE VUE DU JUGE

**GUY CANIVET**

Premier président de la Cour de cassation

Après l'exposé de Bruno Deffains qui a donné le point de vue de l'économiste sur « Le défi de l'analyse économique du droit » et celui de Marie-Anne Frison-Roche sur « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », y a-t-il matière, comme le dernier orateur y invite, à développer le point de vue du juge alors que le premier estime déjà dans sa conclusion que la compréhension des mécanismes économiques est cruciale aussi bien pour les juristes, les décideurs politiques, les magistrats et les avocats et que les producteurs de règles doivent être informés des conséquences de leurs décisions ?

C'est néanmoins du point de vue du juge en tant que « producteur de règles » que je situerai la dernière intervention de cette séance d'ouverture en posant la question de l'apport de la théorie économique à la méthode jurisprudentielle tout en essayant de montrer en quoi, dans la prise en considération de l'analyse économique, la démarche du juge est différente de celle du législateur.

Dans un remarquable article, publié dans la livraison des Archives de philosophie du droit, consacré à « Droit et économie » (1), le regretté Bruno Oppetit écrivait que « Les rapports du droit et de l'économie sont passés au cours des trois derniers siècles par des phases successives d'imbrication, puis d'antagonisme ou d'ignorance mutuelle et enfin d'intérêt réciproque » (2).

Dans ce bref propos introductif, il ne peut être question de le suivre dans le magistral parcours historique qu'il trace ; on en viendra directement à la phase actuelle pour tenter de comprendre

ce qu'est aujourd'hui l'attrait réciproque du droit pour l'économie. Et, singulièrement du point de vue de la jurisprudence qui m'est réservé, quelle est la part prise par le juge dans ce rapprochement.

Sur la relation du droit et de l'économie, on observe, très classiquement, un double phénomène, d'abord la prise en considération des facteurs économiques par le droit (I) puis, à l'inverse, l'analyse des phénomènes juridiques par l'économie (II), phénomènes « miroirs » qui, l'un et l'autre, intéressent la fonction jurisprudentielle.

## I. La prise en considération de l'économie par la jurisprudence

On démontre assez facilement que la réception de l'économie par la jurisprudence n'est pas un phénomène récent (3). Mais, pendant longtemps, l'impératif économique n'a pas été explicitement représenté par la méthode jurisprudentielle (4). Il y avait entre eux une coïncidence implicite (A). Les juristes ont ensuite découvert le concept nouveau « de droit économique » et son incidence directe sur le raisonnement judiciaire (B).

### A. La coïncidence implicite du droit avec des principes économiques

Chacun sait que les instruments juridiques qui sous-tendent les relations économiques sont depuis toujours contenus dans les notions classiques centrales du droit privé que sont, entre autres, la propriété et le contrat (5). À travers la mise en œuvre de ces institutions, le juge assurait, sans le savoir, de manière implicite, sans se poser

de question, les fondements de l'économie puisqu'il y avait, dans le Code civil de 1804, une coïncidence naturelle, une convergence politique, une parfaite adéquation entre le droit commun de la propriété et des contrats et les principes de l'économie libérale. L'analyse des travaux préparatoires du Code civil révèle, en effet, que ses auteurs ont largement pris en compte la dimension économique du droit. Leur construction repose sur une confrontation dialectique entre, d'une part, les divers principes philosophiques, politiques et juridiques auxquels les rédacteurs du Code se sont attachés, d'autre part, les impératifs économiques du début du XIX<sup>e</sup> siècle qu'ils ont pris en compte. Tel est, dit-on, l'esprit du Code civil qui donne au libéralisme sa traduction juridique (6).

La relation est devenue plus explicite et moins paisible au XX<sup>e</sup> siècle avec l'émergence de règles juridiques spécifiquement applicables à l'économie, en particulier des règles de droit public instituant le contrôle étatique sur l'économie. De cette époque date l'économie administrée. C'est d'abord par ce biais de l'économie dirigée ou planifiée, à l'extrême de l'économie marxiste, que les juristes ont concentré leur réflexion sur l'appréhension des phénomènes économiques par le droit. De là est née, dans son sens primaire, la discipline du droit économique (7).

Une phase nouvelle se développe aujourd'hui avec l'émergence du droit de la régulation, qui met en œuvre, par des mécanismes originaux, des règles de droit visant à l'ouverture au marché des structures nées de l'économie historiquement étatisée. C'est donc un droit à finalité économique.

(1) Bruno Oppetit, *Droit et économie, Archives de philosophie du droit*, T. 37, Sirey 1992.

(2) *Op. cit.*, p. 17.

(3) Bruno Oppetit, *op. cit.*

(4) P. Jestaz, *Jurisprudence et économie*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Centre de recherches et de documentation économiques de l'Université de Nancy 2, dir. B. Deffains, éd Cujas, 2002, p. 73.

(5) Bruno Oppetit, *op. cit.*

(6) J.-F. Niort, *Droit économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon*, in *Archives de philosophie du droit*, T. 37, *Droit et économie*, 1992, p. 101 ; J.-L. Halpérin, *Le Code civil*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 2003.

(7) G. Farjat, *Droit économique*, PUF Thémis, 1971.

Dans un article récent, Marie-Anne Frison-Roche (8) indique que « dans ses rapports avec l'économie, le droit est facteur d'équilibre entre les pouvoirs et de reconstruction des rapports de force ». Si l'on cherche une définition de la régulation à l'intérieur du système juridique, elle vise, dit-elle, à « l'appareillage qui replace les secteurs économiques entre la concurrence et d'autres impératifs hétérogènes ». La question sera donc de savoir quel peut être le rôle du juge dans ces mécanismes de régulation, quels sont les outils techniques et intellectuels dont il dispose.

### **B. La réalisation du droit par l'intégration explicite de facteurs économiques**

Mais le concept de droit économique aussitôt créé, sont apparues différentes compréhensions de sa définition, de son contenu, de sa place et de son rôle dans le système juridique. Sans entrer dans cette discussion, on peut en retenir une qui intéresse notre sujet, celle qui décrit le droit économique comme une nouvelle logique de raisonnement applicable à des questions qui continuent à relever des disciplines juridiques traditionnelles (9). Si cette proposition est exacte, si le droit économique impose de nouveaux raisonnements juridiques, s'il détermine un mode rationnel d'intégration de facteurs économiques dans la réalisation du droit, soit comme notions opératoires, telles celles de concurrence, de marché, d'entreprise, en droit de la concurrence, soit comme finalités de la loi, l'illustration la plus citée étant le redressement des entreprises en droit des procédures collectives, alors la méthode juridictionnelle est transformée. La démarche du juge créatrice de la jurisprudence prend une

autre dimension en intégrant nécessairement et explicitement l'analyse économique. On se posera seulement la question des domaines du droit affectés par ces raisonnements nouveaux : l'ensemble du droit ou spécifiquement le droit des affaires ? La réponse est commandée par le contenu de la loi qui relève ou non des notions économiques ou qui se donne des fins économiques explicites commandant son application.

### **II. L'analyse économique de la jurisprudence**

Le mouvement inverse, celui de l'appréciation de l'incidence économique des règles de droit, et notamment de la règle jurisprudentielle, a pris, à l'époque contemporaine, une importance croissante non seulement dans les perspectives des juristes en tant que méthode de mesure de l'efficacité des institutions juridiques (A), mais aussi dans celles des économistes, qui ont développé des méthodes spécifiques d'analyse économique du droit dont, à leur tour, les juges pourraient tirer parti (B).

#### **A. L'évaluation économique du droit par la jurisprudence**

L'évaluation quantitative ou qualitative des institutions juridiques en termes d'efficacité ou d'efficacité est désormais une démarche habituelle (10). Selon des méthodes répertoriées, les études d'impact devraient précéder toute création d'une institution juridique, toute édicton de nouvelles normes ou toute modification de celles-ci. Si la méthode est connue, le recours à celle-ci, faute de moyens et de services qualifiés, n'est malheureusement ni systématique ni même ha-

bituel en cas de changement législatif ; il ne l'est jamais avant la création d'une nouvelle interprétation de la loi. C'est incontestablement un point de faiblesse de la jurisprudence sur lequel certains auteurs insistent pour dénier au juge toute qualification pour créer des normes même par interprétation.

Encore faudrait-il s'accorder sur ce que sont les études d'impact. Elles ne consistent pas seulement à se livrer à des enquêtes sur la modification des comportements individuels ou sur la réception d'une norme par un milieu donné (11). Cette démarche primaire doit se prolonger, se compléter, se systématiser, par des analyses économiques propres à comprendre et, si possible, anticiper la façon dont les sujets de droit ou les agents économiques réagissent et intègrent dans leurs choix stratégiques l'incidence économique des règles de droit (12) et quelle est la conséquence de ces répliques. À titre d'exemple, on peut faire trois observations.

On sait maintenant — première observation de portée générale — que le coût de réalisation du droit, ce que l'on nomme le coût de transaction, entre pour une part importante dans les stratégies individuelles des opérateurs économiques : les frais de l'engagement d'un contentieux ou d'un procès, les frais de conclusion d'un contrat, les frais de recouvrement d'une créance, les frais de protection d'un brevet, les frais de constitution d'une société... en sont autant d'exemples. C'est à partir de ces coûts de transaction que, selon une étude de la Banque mondiale, on évalue la performance des systèmes juridiques.

Seconde observation, les agents économiques prennent généralement en compte

(8) M.-A. Frison-Roche, *Définition du droit de la régulation économique*, D., 2004, n° 2, chr., p. 126.

(9) Cl. Champaud, *Contribution à la définition du droit économique*, D. 1961, chr., p. 117.

(10) E. Mackaay, *La règle juridique observée par le prisme de l'économie. Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit*, Rev. int. dr. écon. 1986, p. 43 ; *L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes*, in *L'analyse économique du droit*, Centre de recherches et de documentation économiques de l'Université de Nancy, dir. B. Deffains, éd. Cujas 2002 ; B. Lemennicier, *Économie du droit*, Paris, éd. Cujas, 1991.

(11) J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF Thémis, 1978.

(12) B. Deffains, *L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques*, Revue française d'économie, 1998.

dans leurs choix l'état actuel du droit positif et les perspectives de changements législatifs ou jurisprudentiels : on a, par exemple, récemment convaincu le législateur que l'état du droit et de la jurisprudence sur les baux commerciaux avait une incidence directe sur les investissements immobiliers en France, que le droit de la responsabilité médicale, tel que construit par la jurisprudence, pouvait dissuader l'exercice de spécialités essentielles et créer une crise du système d'assurance de la santé, que l'interprétation du droit du travail trop protectrice des droits du salarié pouvait provoquer des délocalisations d'entreprises... On pénètre dans un domaine très sensible de l'appréciation de la création normative du juge. À l'évidence, toute jurisprudence significative dans le domaine économique et social produit des effets qui influent sur le comportement des agents économiques.

La troisième observation est que si l'état du droit peut déterminer des conduites économiques, on doit alors admettre qu'il peut y avoir une concurrence des droits, par leur aptitude à satisfaire plus ou moins bien ce qu'espèrent les opérateurs d'un système de droit. Dès lors que la jurisprudence influe sur le contenu et la qualité du droit, elle n'est pas sans effet sur ces rapports de compétition. Il y a, par exemple, pour reprendre ce qui devient un lieu commun, une concurrence entre le droit des contrats de *civil law* et de *common law* qui met en compétition leur aptitude respective à assurer la sécurité des transactions, la rapidité des paiements, la facilité du règlement des litiges d'exécution. Selon que l'interprétation donnée par le juge du contrat se rapproche ou s'éloigne de ces objectifs d'ef-

ficienne, elle influera de manière positive ou négative sur le jeu de la concurrence inter-systèmes. Faire évoluer la jurisprudence comme modifier la loi pèse nécessairement sur les conditions de cette compétition. Pour cette raison, la jurisprudence devrait, plus qu'elle ne le fait, prendre en compte la nécessité d'améliorer l'efficacité des institutions juridiques ou, en tout cas, de ne pas la contrarier. L'étude de l'évolution de la jurisprudence interprétative du droit du cautionnement durant les vingt dernières années serait, à cet égard, significative.

## **B. L'analyse économique du droit appliqué à la jurisprudence**

Si l'évaluation de l'efficacité du droit n'a été pendant longtemps qu'un procédé empirique ou ponctuel développé par les juristes et les sociologues du droit, elle a donné lieu, dès qu'elle a été reprise par les économistes, au cours des cinquante dernières années, à une systématisation théorique sous la forme de l'analyse économique du droit qu'il faut brièvement aborder dans son origine et son contenu (1.) avant de vérifier en quoi elle peut influencer sur la jurisprudence (2.).

### **1. Origine du mouvement de l'analyse économique du droit**

Personne n'ignore que le mouvement de l'analyse économique du droit est né aux États-Unis au début des années soixante, avec l'École de Chicago. C'est là que les économistes ont exploré la possibilité de faire application au droit des instruments habituels de l'analyse économique. Ce mouvement a fortement stimulé et renouvelé tout à la fois la science du

droit et la théorie économique. A-t-il atteint la jurisprudence ? Il a, en tout cas, donné lieu à une littérature foisonnante et difficile, longtemps ignorée en France (13), à travers laquelle on discerne plusieurs phases animées par de grands auteurs, parmi lesquels il faut citer Posner et Calabrési (14).

Je ne m'aventurerai pas davantage sur ce terrain qui n'est pas le mien, sauf pour suggérer qu'il sera intéressant de voir, au cours du séminaire, quel est le retentissement de ces courants de la pensée juridique et économique en France et leur influence sur la doctrine jurisprudentielle. On en retiendra seulement aujourd'hui qu'ils ont permis de cerner la finalité et l'apport de l'analyse économique à la jurisprudence.

### **2. La contribution de l'analyse économique du droit à la méthode jurisprudentielle**

Pour terminer ce propos introductif, il faut, en effet, brièvement examiner la finalité et les apports de l'analyse économique à la jurisprudence. À quoi sert-elle au juge ? En quoi peut-elle entrer dans le mécanisme jurisprudentiel ? À ces questions, on tentera de répondre que la finalité de l'analyse économique est essentiellement critique (a) et que son apport essentiel est d'adapter les règles de droit à l'intérêt général (b).

#### **a) L'analyse économique du droit est une méthode critique**

Pour l'essentiel, l'analyse économique du droit fournit au juge une méthode qui lui permet d'apprécier l'efficacité des règles juridiques qu'il met en œuvre. Elle lui en donne le moyen à quatre points de

(13) H. Muir-Watt, *Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, op. cit., p. 37.

(14) B. Oppetit, op. cit.

vue : fonctionnel, dynamique, comparatif et prédictif.

L'analyse économique du droit permet d'abord une critique fonctionnelle : la méthode tend à une analyse des règles de droit au regard de leurs objectifs. Elle consiste à vérifier si ces règles sont adaptées aux fonctions sociales qui leur sont assignées. De nombreuses études portent, par exemple, sur l'aptitude du droit de la responsabilité économique à satisfaire ses buts économiques (15), mais on pourrait tout aussi bien passer au crible de la même critique le droit des contrats (16), de la propriété, voire le droit des successions ou des filiations. Quelles sont aujourd'hui les finalités économiques et sociales de la filiation ? Le droit de la filiation est-il adapté à ces finalités ? Les réponses à ces questions déterminent évidemment les évolutions jurisprudentielles de ce domaine du droit familial. De multiples exemples peuvent être développés sur ce thème dans toutes les catégories du droit. L'adaptation du droit par la jurisprudence à un contexte social évolutif est un champ d'examen infini.

L'analyse économique du droit propose ensuite une critique dynamique : la méthode de l'analyse économique s'attache à une vision progressiste du droit. Dans cette perspective, les institutions sont examinées dans leur évolution, dans leurs phases successives, dans leur accomplissement ou leur déclin mais surtout, du point de vue de la création jurisprudentielle, dans leur possible perfectionnement. C'est la construction d'un droit meilleur qui est visée. L'analyse économique du droit s'oppose donc à la démarche statique traditionnelle du juriste qui se borne à une lecture purement positiviste et à l'in-

ventaire des règles applicables aux questions juridiques nouvelles qui lui sont soumises. En définitive, l'analyse économique du droit est facteur de progrès.

L'analyse économique du droit vise aussi à une critique comparatiste : elle permet de mesurer l'efficacité respective des règles instituées dans des ordres juridiques différents, replacées dans leurs propres contextes d'application et de tirer des enseignements rationnels des solutions données par les autres grands systèmes de droit à des questions identiques. Il est, par exemple, intéressant d'examiner quelles sont les solutions dégagées dans différents États dans la réparation des dommages sériels : catastrophes naturelles, contamination par le VIH, affections liées à l'amiante, maladies du tabagisme... et comment ces solutions, si elles sont jugées pertinentes, peuvent être transposées d'un système à l'autre (17).

L'analyse économique du droit permet enfin une critique prédictive : elle établit des schémas de compréhension des finalités et des évolutions du système juridique. Elle ambitionne, par conséquent, de provoquer et d'anticiper des changements jurisprudentiels si se révèle une adéquation insuffisante entre les modèles et la réalité.

Si, ainsi comprise, la finalité de l'analyse économique ne fait pas trop difficulté, quels sont ses apports essentiels ?

### **b) La confrontation des intérêts individuels à l'intérêt général**

Si l'on tente une synthèse des apports de l'analyse économique du droit à la théorie juridique, on peut adopter une perspective en trois plans progressifs. L'analyse économique du droit repose d'abord

sur le postulat de la rationalité du comportement de l'homme en société auquel la règle de droit impose dans la poursuite de ses objectifs des contraintes et des coûts. Elle conduit ensuite à l'examen des effets de ces règles de droit au regard de l'efficacité économique appréciée du point de vue de l'intérêt général (18). Se pose alors, inévitablement la question de la définition de l'intérêt général. Les théoriciens de l'analyse économique du droit l'assimilent à un état d'optimum social : c'est l'*optimum* dit de Pareto, selon lequel on ne saurait améliorer la situation d'un individu sans diminuer la satisfaction d'un autre individu. De la perspective de l'objectif d'optimum social découlent des critères de choix pour l'État dans la détermination du contenu de la règle ; de la même manière, découlent pour le juge des critères de référence dans l'interprétation de la loi : la théorie normative du bien-être lui propose des options rationnelles d'interprétation et, le cas échéant, d'adaptation de la loi.

Le juge de cassation qui interprète ou adapte la norme est donc nécessairement inspiré par l'intérêt général. Cette démarche n'est pas autre chose que la recherche de la justice sociale. C'est ce que nous faisons tous les jours dans l'activité jurisprudentielle : compléter la loi en dépassant les intérêts individuels des parties au litige afin de poser une règle interprétative visant à la satisfaction d'un intérêt général supérieur. En définitive, à la suite du législateur, dans l'espace d'interprétation que lui ouvre la loi, le juge contribue à la recherche de la solution collectivement optimale.

(15) M. Faure, *L'analyse économique du droit civil français : le cas de la responsabilité*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, op. cit., p. 113.

(16) J. Ghestin, *L'évolution du droit français des contrats et l'économie*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, op. cit., p. 213.

(17) T. Kirat, *La jurisprudence et les précédents judiciaires : en quoi l'analyse économique nord-américaine peut-elle éclairer la régulation jurisprudentielle française*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, op. cit., p. 87.

(18) A. Ogus, *La réglementation : l'intérêt public et l'intérêt privé*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, op. cit., p. 59.

## Conclusion

**A**u total, l'analyse économique du droit suggère au juge quelques modestes remarques et interrogations conclusives.

Le souci d'efficacité que poursuit l'approche économique du droit n'est pas étranger aux finalités de la jurisprudence. Il n'y a dans tout cela, finalement, rien de tellement nouveau. Tout d'abord, l'interprétation des règles de droit a toujours inclus, à des degrés variables, les données économiques au même titre que les valeurs morales, sociales, techniques ou culturelles. Ensuite, les diverses branches du droit, et même le droit civil, utilisent fréquemment des standards d'appréciation en opportunité des comportements individuels classés en fonction de leurs résultats : on songe évidemment à la fameuse notion de « bon père de famille » du Code civil (19).

À l'époque contemporaine, ce mouvement s'est amplifié dans la législation civile, où ont été introduites de nombreuses notions à contenu variable, notamment à la faveur de la pénétration des règles supranationales, comme la Convention européenne des droits de l'homme, dans le but d'assouplir l'application du droit et d'élargir la marge d'appréciation du juge : équité, loyauté, bonne foi, proportionnalité, nécessité... Ainsi le juge se prononce en fonction des intérêts en présence, tels qu'il les apprécie à travers des notions souples. Ce courant est particulièrement visible dans les branches du droit qui touchent directement à la vie économique, telles que le droit de la concurrence ou le droit des procédures collectives, qui ont érigé directement des notions économiques en concepts juridiques.

Il s'exprime aussi dans le droit procédural qui prend en compte les ressources raisonnables mises à la disposition des systèmes judiciaires par les États pour satisfaire des objectifs d'équité du procès. Pour revenir à notre propos initial, cette nouvelle logique d'intégration des notions économiques dans le raisonnement juridique est sans doute un des critères caractéristiques du droit économique.

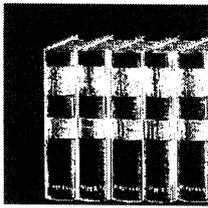
Peut-on aller plus loin dans l'application de la théorie de l'analyse économique du droit à la méthode jurisprudentielle ? Peut-on la généraliser à l'ensemble du système juridique, au droit des biens, au droit des contrats, au droit de la responsabilité, au droit de la famille ? Peut-on, en particulier, transformer ces domaines traditionnels du droit en instruments de politique économique ? Et quel serait alors le rôle du juge dans cette mutation du droit ? En progressant dans cette voie, les critiques se font fortes. Une telle conception du droit qui reposerait sur la seule décision d'une autorité chargée de dire ce qu'est cet optimum social, en particulier si cette autorité était le juge, serait, dit-on, facteur d'arbitraire, d'instabilité, d'insécurité. Pour d'autres critiques, plus politiques, cette conception du droit et du rôle du juge serait contraire à la séparation des pouvoirs et même, selon la théorie développée par Hayek (20) et l'école autrichienne, contraire au pacte social.

Alors l'analyse économique méconnaît-elle la nature du droit ? Présente-t-elle une incompatibilité philosophique radicale avec la théorie juridique ? Que peut-elle raisonnablement offrir au juriste et au juge ? Qu'apporte-t-elle à la méthode jurisprudentielle ? Peut-elle se substituer au raisonnement juridique ?

Telles sont, au-delà des thèmes retenus pour les six séances que propose ce séminaire, les questions qui seront débattues, ce qui, nous l'espérons, donnera lieu à de belles, vives et fructueuses discussions. Loin de régler les questions, je les formule et les retourne à votre intention. N'est-ce pas la fonction d'une séance introductive ?

(19) B. Oppetit, *op. cit.*

(20) Law, *Legislation and Liberty*, London 1976.



# LA PERTINENCE ÉCONOMIQUE DE L'INCRIMINATION DE L'ABUS DE BIENS SOCIAUX

**RÉGIS BLAZY**

Professeur d'économie à l'Université Robert Schuman - IEP Strasbourg

## I. Ampleur et conséquences économiques de l'abus de biens sociaux

L'abus de biens sociaux (ABS) correspond à l'usage d'un bien ou du crédit d'une société contraire à ses intérêts et répondant à la poursuite d'un intérêt personnel fondé sur la mauvaise foi du contrevenant. L'ABS est donc une composante de la notion, plus large, de délinquance des affaires.

## A. Enjeux micro et macro-économiques de la délinquance des affaires

Ce type de délinquance a des conséquences économiques dévastatrices. Au niveau macroéconomique, elle peut remettre en cause la stabilité économique et financière des pays, au premier rang desquels on trouve les économies émergentes, dont les structures judiciaires frustes les préparent peu à ce type de délinquance, sophistiquée, volatile et souvent opportuniste. De même, les activités illicites induisent des

biais concurrentiels significatifs, souvent à l'avantage des contrevenants et risquent, à l'extrême, d'engendrer un phénomène d'éviction des projets licites par ceux ne respectant pas la législation. Enfin, les objectifs recherchés par la délinquance des affaires sont très différents des motivations économiques habituelles : il s'en suit une augmentation possible du risque systémique des pays. Certains économistes du développement soulignent cependant que, dans certaines circonstances (inefficacité de l'État, faible niveau de développement économique, imperfections des marchés des capitaux, etc.) un niveau réduit de corruption peut être nécessaire pour « mettre de l'huile dans les rouages » et participer ainsi à la croissance.

D'un point de vue microéconomique, toute activité industrielle, commerciale ou financière illicite (et en particulier l'ABS) a des conséquences transactionnelles graves pour les économies libérales reposant sur l'échange

marchand. En effet, les théorèmes d'efficacité attachés à une économie concurrentielle ne sont valables que dans la mesure où la confiance guide les choix des agents économiques. L'organisation d'une entreprise repose en effet sur l'existence de nœuds contractuels établissant une relation de confiance avec ses partenaires (banques, fournisseurs, clients, salariés). Le patrimoine d'une société ne se limite donc pas à son seul patrimoine économique et financier : il est en grande partie déterminé par sa réputation.

## B. Évolution structurelle de la délinquance des affaires

L'importance des activités illicites en droit des affaires, en particulier l'ABS, est difficile à appréhender statistiquement : seule la partie connue des tribunaux peut faire l'objet d'un recensement précis. Sous cette réserve, les informations collectées par le casier judiciaire national sont néanmoins riches d'enseignement (cf. *infra*).

**Nombre d'infractions sanctionnées dans les condamnations pour délinquance économique et financière**

Nombre	1990	1996	1997	1998	1999
Infractions pour ABS	554	739	722	776	781
Banqueroute	1.656	1.343	1.380	1.388	1.359
Faux bilan	82	78	78	75	82
Commissaires aux comptes	29	23	29	27	17
Infractions diverses (sociétés)	244	122	124	104	87
Corruption	125	148	201	184	267
Trafic d'influence	15	59	70	41	70
Ingérence, prise illégale d'intérêts	3	21	32	51	57
<b>Total (législation sur les sociétés et devoir de probité)</b>	<b>2.708</b>	<b>2.533</b>	<b>2.636</b>	<b>2.646</b>	<b>2.720</b>

Source : casier judiciaire national (Infostat justice, juin 2002).

Sur la période 1990-1999, les sanctions relatives aux infractions au droit des sociétés et aux atteintes au devoir de probité restent stables (entre 2.500 et 2.700 par an). Or c'est la composition de ces infractions qui change le plus : l'ABS, qui occupe la deuxième place derrière les délits de banqueroute (1), augmente de 41 % sur la période. Les cas de corruption, de trafic d'influence et de prises illégales d'intérêts reposent sur des motifs assez proches de ceux guidant l'ABS. Leur condamnation a été multipliée respectivement par 2, par 5 et par 20 entre 1990 et 1999. Cette modification de structure est préoccupante car elle traduit un changement de comportement managérial et une modification sensible du climat des affaires. Que l'on y voit les conséquences d'une concurrence accrue et mondiali-

sée, ou la manifestation d'une dégradation de la probité des chefs d'entreprises, cette évolution est un défi à la fois pour les juristes et pour les économistes puisqu'elle remet en cause les modes de gouvernement des entreprises.

L'ABS fait courir un risque à l'entreprise qui en est la victime. Il est alors intéressant de voir dans quelle mesure des comportements relevant de l'ABS participent à la cessation des paiements. Les résultats d'une enquête (2) menée auprès du Tribunal de commerce de Paris en 1995 sur 800 dossiers de défaillance ouverts en 1991 fait apparaître une part modérée de cas d'ABS ayant engendré la défaillance (cf. *infra*). Ce résultat plutôt rassurant montre que la défaillance est davantage due à des comportements inadaptés des diri-

geants ou à leur incompetence qu'à des comportements délictueux de leur part. Toutefois, comme nous le verrons, l'ABS est probablement plus fréquent et plus coûteux dans les entreprises d'une certaine taille et dans lesquelles le comportement des dirigeants est plus difficile à contrôler par les actionnaires. Si l'ABS n'est pas toujours un facteur direct de défaut, il implique un manque à gagner collectivement dommageable. Par ailleurs, il est intéressant de noter que les cas d'ABS sont plus fréquemment observés pour les entreprises défaillantes qui seront continuées à l'issue de la procédure collective. Ainsi, pour ces entreprises, la sanction et le renouvellement de l'équipe dirigeante fautive suffit pour un retour *in bonis* des entreprises, économiquement viables.

### Pourcentage de causes de défaillance pouvant relever de l'ABS (TC Paris)

%	Continuations	Cessions	Liquidations	Ensemble
Prélèvements excessifs	7,3	4	2,3	2,5
Malversations internes	4,2	0,8	4,5	4,4
Escroquerie	2,1	3,2	2,9	2,9
Acceptation consciente de marchés peu rentables	1	1,6	0,9	0,9

Source : Blazy et Combier (1997), *La défaillance d'entreprise : causes économiques, traitement judiciaire et impact financier*, Insee Méthodes, n°s 72-73, *Économica*.

Plus que son poids dans l'économie, l'ABS et son traitement judiciaire représentent un champ d'analyse très stimulant pour l'économiste. Dans les parties qui suivent, nous nous intéresserons d'abord à l'analyse économique des éléments constitutifs de l'ABS (l'approche sera positive) puis au pouvoir incitatif des sanctions judiciaires en matière d'ABS (approche normative). Ces développements retiennent une approche volontairement générale des enjeux et des conséquences économiques du traite-

ment judiciaire de l'ABS sans entrer dans des considérations de jurisprudence qui relèvent d'un travail juridique propre.

## II. Analyse économique des éléments constitutifs de l'ABS

Trois principaux éléments constituent l'ABS : a) l'usage d'un bien ou du crédit de la société contraire à l'intérêt social (A) ; la poursuite d'un intérêt personnel (B) ; la mauvaise

foi du contrevenant (C). Leur étude successive conduira le fil de notre réflexion.

### A. Quel intérêt social doit servir le dirigeant ?

Contrairement à une idée largement répandue, l'intérêt social de l'entreprise ne coïncide pas toujours avec celui de ses actionnaires (3). En effet, la valeur de marché d'une entreprise se définit comme la somme actualisée des droits financiers (actions, dettes, etc.) que chaque investisseur (créancier, actionnaire,

(1) En pratique, la banqueroute ne fait que constater l'ABS alors que la cessation des paiements est avérée.

(2) Blazy et Combier, 1997.

(3) Conséquence directe de la responsabilité limitée dont ils bénéficient, les actionnaires sont toujours incités à engager l'entreprise dans les projets économiques les plus risqués.

etc.) détient sur cette entreprise. D'un point de vue économique, l'intérêt social se confond donc avec celui de l'investisseur à qui profite toute augmentation marginale de la valeur de l'entreprise : il s'agit des actionnaires lorsque l'entreprise est *in bonis* et des créanciers en cas de cessation des paiements. Cet investisseur dont l'identité change avec la situation de l'entreprise se nomme « créancier résiduel ». Il est donc essentiel qu'une entreprise soit dirigée dans l'intérêt de celui-ci puisqu'il est l'agent ayant les meilleures incitations pour sélectionner les projets d'investissement les plus rentables.

Naturellement, en pratique, la détermination du « créancier résiduel » est problématique puisqu'elle repose sur une notion dynamique. Pourtant, l'enjeu en termes de gouvernement d'entreprise est essentiel : l'ABS est économiquement dommageable à partir du moment où il est contraire aux intérêts du « créancier résiduel ». Pour cette raison, on peut regretter que la jurisprudence refuse le plus souvent d'admettre l'action civile des créanciers en matière d'ABS, en particulier lorsque l'entreprise est en situation proche de la cessation des paiements.

Les modalités de rémunération des dirigeants fondées sur le chiffre d'affaires ont souvent été critiquées, car elles ne garantissent pas la maximisation du profit. Dans cette perspective, une rémunération indexée sur les bénéfices courants serait préférable : c'est en particulier l'une des justifications à la généralisation des *stock options*. Cependant, l'expérience montre que ce type de rémunération induit des risques de court-termisme de la part des dirigeants, plus incités à sé-

lectionner les projets les plus rentables à court terme. Doit-on pour autant qualifier d'ABS ce type de choix, certes dommageable à l'entreprise, mais issu de mécanismes de rémunération parfois inadaptés ?

### **B. Privilégier son intérêt personnel est économiquement « rationnel »**

La notion d'ABS est-elle économiquement justifiée ? De notre point de vue, la réponse est clairement positive : comme nous l'avons dit, l'échange marchand repose sur la confiance et tout comportement délictueux pouvant la remettre en cause justifie une sanction. Cependant, il est important de noter que la poursuite d'intérêts personnels est rationnelle d'un point de vue économique : c'est en tout cas, le point de vue adopté par l'approche néo-classique qui retient dans ses hypothèses l'individualisme méthodologique.

À partir du moment où les modes organisationnels autorisent la séparation des patrimoines de l'entreprise et du dirigeant, il n'est pas étonnant de voir ces derniers favoriser les actes qui leur profitent directement. De ce point de vue, la réduction des délits en matières d'ABS passe vraisemblablement par une amélioration des règles du gouvernement des entreprises. L'objectif poursuivi doit être la réduction et la résolution des conflits d'intérêts entre le « créancier résiduel » et les dirigeants. Outre la mise en place de mécanismes incitatifs optimaux, cette redéfinition du gouvernement d'entreprise passe par l'organisation de meilleurs mécanismes de contrôle, en particulier au sein des conseils d'administration. La mise en place de ces méca-

nismes est coûteuse mais inévitable dans toute relation de délégation de pouvoir.

Le mode de rémunération est donc la pierre angulaire du risque de poursuite d'intérêts individuels contraires à l'intérêt de l'entreprise. Or la multiplication des modes de rémunération en nature — souvent justifiés pour des raisons d'ordre fiscal — ne facilite pas la nécessaire distinction des droits de propriété entre le patrimoine du dirigeant et celui de son entreprise. Parfois, la distinction est tellement difficile qu'elle engendre des comportements répréhensibles dont n'ont même pas conscience les chefs d'entreprise. De ce point de vue, on ne peut que se réjouir de l'approche retenue par la jurisprudence qui retient une définition très large des biens à protéger, puisque le crédit dont bénéficie l'entreprise en fait également partie.

### **C. Le contrevenant et la victime ont-ils toujours conscience du délit ?**

L'ABS repose sur la mauvaise foi du contrevenant. Or comme le souligne le résultat d'une enquête de la Sofres menée en avril 1996 (cf. *infra*), si les délits les plus graves (faire payer par l'entreprise des travaux privés ou un employé personnel, par exemple) sont majoritairement reconnus comme tels, le caractère délictueux de fraudes d'importance moindre mais récurrentes (remboursements indus) n'est pas accepté par une part significative des chefs d'entreprise (entre 25 % et 56 %, selon l'exemple considéré).

La mauvaise foi repose sur la conscience du délit. Or il est parfois difficile de distinguer entre l'acte délictueux et l'acte de gestion. Cette difficulté n'affecte pas seulement

le travail des juges : comme le souligne un autre résultat de l'enquête Sofres, les dirigeants eux-mêmes peuvent commettre des actes illégaux pour sauver leur entreprise, mission mandatée par les actionnaires ou associés. De ce point de vue, il peut exister des cas de conflit entre les objectifs initiaux du droit (éviter le délit) et la pratique des affaires. La fenêtre d'interprétation laissée aux juges est mince et délicate. Ce risque de confusion est d'autant plus important que la production juridique en matière d'ABS repose largement sur la jurisprudence. Or si celle-ci présente l'avantage d'une plus grande réactivité du droit face aux changements économiques, une jurisprudence importante est peu lisible pour les acteurs économiques qui peuvent, de bonne foi, ne pas avoir conscience de l'ABS. Naturelle-

ment, dans l'arrêt de 1973, la Cour de cassation a précisé qu'en matière d'ABS, la mauvaise foi ne peut être ni présumée ni résulter d'une simple négligence. Toutefois, nombre de cas demeurent ambigus et peuvent engendrer tantôt l'opportunisme des dirigeants, tantôt leur méconnaissance des règles juridiques. À cet égard, on ne peut que déplorer l'incompréhension qui sépare les juges des chefs d'entreprise (cf. enquête Sofres). Ce fossé est préjudiciable car il traduit le sentiment de conflits d'objectifs alors que le droit est justement là pour préserver la continuité des affaires en protégeant la confiance dans les transactions. Diminuer le déficit d'information des acteurs économiques en matière juridique plaide en faveur d'une lisibilité accrue des règles de droit... D'autant plus que ces règles peu-

vent être anticipées par les agents économiques et, donc, modifier leurs comportements.

De leur côté, les victimes — au premier rang desquelles on trouve les actionnaires — peuvent aussi ne pas avoir conscience de l'ABS. À nouveau, cette méconnaissance est exacerbée lorsqu'il existe une forte asymétrie d'information entre pouvoir et contrôle. Les chefs d'entreprises peuvent d'ailleurs tirer profit de leur avantage informationnel pour « abuser de l'ABS » ! Ici également, les vertus — incontestables — de la séparation des patrimoines se heurtent aux conflits et aux asymétries qu'elle engendre. Nous reviendrons plus loin sur ce point et nous nous interrogerons sur les outils que peut fournir l'économiste au juriste pour traiter de ce problème.

### L'ABS : le point de vue des dirigeants

%	Grave	Non grave	Sans opinion
Utiliser la voiture de l'entreprise en dehors du travail	25 %	70 %	5 %
Se faire rembourser par l'entreprise une note de restaurant personnelle	37 %	61 %	2 %
Emmener son conjoint aux frais de l'entreprise dans un déplacement professionnel	56 %	40 %	4 %
Faire payer par l'entreprise un employé de maison	92 %	6 %	2 %
Faire payer par l'entreprise des travaux pour son domicile personnel	93 %	4 %	3 %
	<b>Oui</b>	<b>Non</b>	<b>Sans opinion</b>
En cas de difficultés de l'entreprise, seriez-vous prêt à commettre des actes illégaux (commissions occultes...) ?	28 %	69 %	3 %
En matière d'ABS, pensez-vous que les juges font du zèle ?	43 %	50 %	7 %
Les juges devraient-ils faire plus de différences entre l'enrichissement personnel et le versement de commissions ?	71 %	25 %	4 %
La mise en examen de nombreux dirigeants a-t-elle modifié les comportements des chefs d'entreprises ?	35 %	56 %	9 %
La mise en examen de nombreux dirigeants a-t-elle modifié votre comportement ?	3 %	95 %	2 %
Y a-t-il un risque pour que vous soyez vous-même mis en examen ?	15 %	82 %	3 %

Source : Sofres, *L'Entreprise*, n° 127 (1996). V. également J.-F. Renucci et M. Cardix, *L'abus de biens sociaux*, 1998, PUF, coll. « Que sais-je ? ».

### III. Le pouvoir incitatif des sanctions en matière d'ABS

Les juges doivent arbitrer entre la sanction des délits et le risque d'imixtion dans la vie des affaires. Trois points intéressent particulièrement l'économiste en matière de sanctions de l'ABS : la distinction économique (4) entre l'ABS « opportuniste » et l'ABS « protectionniste » (A) ; le choix du niveau et du type de sanctions (amendes, dommages et intérêts, emprisonnement, interdiction d'exercer) (B) ; le pouvoir incitatif de ces sanctions dans l'assainissement des affaires (C).

#### A. La distinction entre ABS « opportuniste » et ABS « protectionniste »

On peut définir l'ABS « opportuniste » comme l'ensemble des actes délictueux impliquant un transfert monétaire depuis l'entreprise vers le patrimoine du dirigeant dans le seul objectif d'accroître la richesse personnelle de ce dernier. Ici, l'acte visé s'apparente au vol pur et simple. Il est clair que ce type d'ABS doit faire l'objet de sanctions sévères, l'entreprise étant la première victime de ces comportements.

Toutefois, lorsque l'ABS a pour objet la protection du poste du dirigeant, les actes qu'il entreprend peuvent, indirectement servir les intérêts de l'entreprise en cas de réalisation d'un état favorable de l'environnement concurrentiel : on peut parler d'ABS « protectionniste » au sens où il répond à une logique économique rationnelle de la part du dirigeant cherchant à protéger ses intérêts propres. Par exemple, poursuivre à tort l'activité, cacher des difficultés aux partenai-

res ou verser des commissions occultes sont autant d'actes qui, outre le fait de protéger le poste du dirigeant, peuvent aider à la survie de l'entreprise, une fois le risque réalisé. Ces actes sont naturellement répréhensibles puisque, toutes choses égales par ailleurs, ils font courir un risque supplémentaire à l'entreprise et peuvent accroître finalement son insuffisance d'actif en cas d'échec du projet d'investissement. En cas de succès cependant, le délit sert l'entreprise. Faut-il alors faire preuve d'autant de sévérité à l'égard de ce type d'ABS, fondé du point de vue de la rationalité économique ? Quoi qu'il en soit, la sanction doit tenir compte de l'environnement concurrentiel et des pratiques commerciales en vigueur au moment de la faute : le juge joue un rôle économique majeur dans son pouvoir d'appréciation.

#### B. Répression et prévention : quels types de sanctions appliquer ?

La répression n'est pas suffisante : un changement des comportements de la part des chefs d'entreprise nécessite le déploiement de mesures préventives. De ce point de vue, la lutte contre la prise excessive de risques relève davantage des modes de gouvernement des entreprises que de la répression judiciaire pure. Une réforme du gouvernement d'entreprise doit ainsi conduire à diminuer les asymétries d'information et les conflits d'intérêts opposant pouvoir et contrôle. L'introduction de contre-pouvoirs dans les conseils d'administration, l'élargissement du droit d'alerte (etc.) sont autant de mesures allant dans cette direction.

Il existe plusieurs grands types de sanctions : amendes,

dommages et intérêts, interdiction de gérer, voire emprisonnement. En matière d'ABS, le Code de commerce prévoit jusqu'à 375.000 € d'amendes et cinq ans d'emprisonnement.

D'un point de vue économique, toutes ces sanctions ont un pouvoir incitatif certain à l'égard des dirigeants (cf. *infra*). Cependant, les dommages et intérêts présentent un double avantage économique : d'une part, ils réparent le préjudice subi par la victime, d'autre part, ils incitent cette dernière à contrôler l'activité du dirigeant et, de fait, à réduire l'occurrence des ABS. En effet, l'espoir d'un remboursement, même partiel, en cas de découverte de l'ABS incite les investisseurs (principalement les actionnaires) à investir dans le contrôle. D'un point de vue économique, en effet, la relation actionnaire-dirigeant peut être considérée comme une relation d'agence avec aléa moral. Cet aléa peut être résolu par l'instauration de contrats de rémunération incitatifs (cf. *supra*) et par la mise en place de mécanismes de contrôle. Pour sa part, l'interdiction de gérer présente l'avantage d'assainir le tissu industriel et commercial en évinçant les agents économiques dont le comportement a pu remettre en cause la confiance des partenaires à l'égard de l'entreprise.

#### C. Le pouvoir incitatif des sanctions : le droit peut modifier les comportements économiques

Dans une approche d'efficacité *ex ante*, la répression n'a pas pour seul objet de sanctionner le délit. Parce que les règles de droit (dont les sanctions) sont anticipées par les agents économiques, ces derniers peuvent modifier leurs

(4) Il est essentiel de noter que cette distinction n'a pas de sens d'un point de vue juridique.

comportements. Ce point recouvre vraisemblablement le plus grand apport des économistes aux juristes : quelle serait la règle de droit optimale *ex ante*, c'est à dire, ici, le niveau de sanctions qui permettrait d'assainir les comportements en amont de l'éventuel ABS ?

Cette approche se heurte toutefois à plusieurs difficultés. D'une part, elle suppose que les dirigeants ont une bonne connaissance du droit et des peines encourues. Or le faible niveau de formation juridique de la plupart des dirigeants ajouté à la place prépondérante d'une jurisprudence parfois complexe peut susciter quelques doutes sur la capacité qu'ont les agents économiques à anticiper la règle de droit et à modifier leurs comportements en conséquence. Dans cette perspective, toute mesure en faveur d'une meilleure information des dirigeants doit être encouragée. D'autre part, cette approche repose le plus souvent sur l'hypothèse selon laquelle les agents font preuve de rationalité absolue dans l'établissement de leurs conjectures, ce qui n'est naturellement pas garanti dans les faits.

L'outil économique le mieux adapté à ce type d'approche est le cadre offert par la théorie des jeux. Il est possible en effet de modéliser l'esprit d'une législation (en la simplifiant bien sûr) comme un jeu mathématisé et, de cette façon, de prévoir quelle sont les meilleures stratégies des joueurs dans ce jeu. Dans le cas qui nous intéresse, les joueurs sont par exemple des dirigeants et des actionnaires. Les règles étant, pour leur part, définies par le juriste. Cette approche est centrale en économie du droit : elle entre en faveur d'une collaboration accrue entre économistes et juristes.

Nous illustrerons notre propos à travers un exemple simplifié qui montre comment l'économiste travaille sur ce type de problématique (v. schéma page suivante). Considérons le cas d'une entreprise appartenant à un seul actionnaire déléguant le pouvoir de décision à un dirigeant. Ce dernier a le choix entre un projet rentable ne lui rapportant rien en dehors de son salaire et un projet peu rentable lui procurant en sus des « bénéfices privés » (par exemple, ce projet est plus honorifique ou est source d'avantages en nature). L'intérêt social voudrait que le dirigeant s'oriente vers le projet rentable, mais se heurte à l'intérêt privé de celui-ci. Il existe un déficit d'information pour l'actionnaire qui n'observe en fin d'exercice que la réussite ou l'échec du projet sans savoir s'il s'agissait initialement du projet rentable ou non rentable. De son point de vue donc, l'ABS est inobservable et seul le déclenchement d'une procédure (action civile) permettrait de découvrir les motivations réelles du choix en faveur de tel ou tel projet. Naturellement, l'action civile a un coût (frais de justice), que l'on peut interpréter comme un coût judiciaire de découverte d'information.

En cas d'échec du projet, l'actionnaire doit donc arbitrer entre payer (à coup sûr) les coûts de procédure et toucher des dommages et intérêts si et seulement s'il s'avère que le dirigeant a commis un ABS en choisissant de manière délibérée un projet économiquement non rentable. Le problème de l'actionnaire est donc d'estimer la probabilité d'avoir affaire à un dirigeant délinquant. Cette probabilité dépend non seulement des chances initiales de réussite des projets rivaux,

mais également des coûts anticipés de procédure et du niveau des dommages et intérêts qui seront probablement octroyés par le tribunal (cf. la jurisprudence). En effet, la situation la pire pour l'actionnaire consisterait à s'engager dans une action civile coûteuse alors que le dirigeant n'a commis aucune faute.

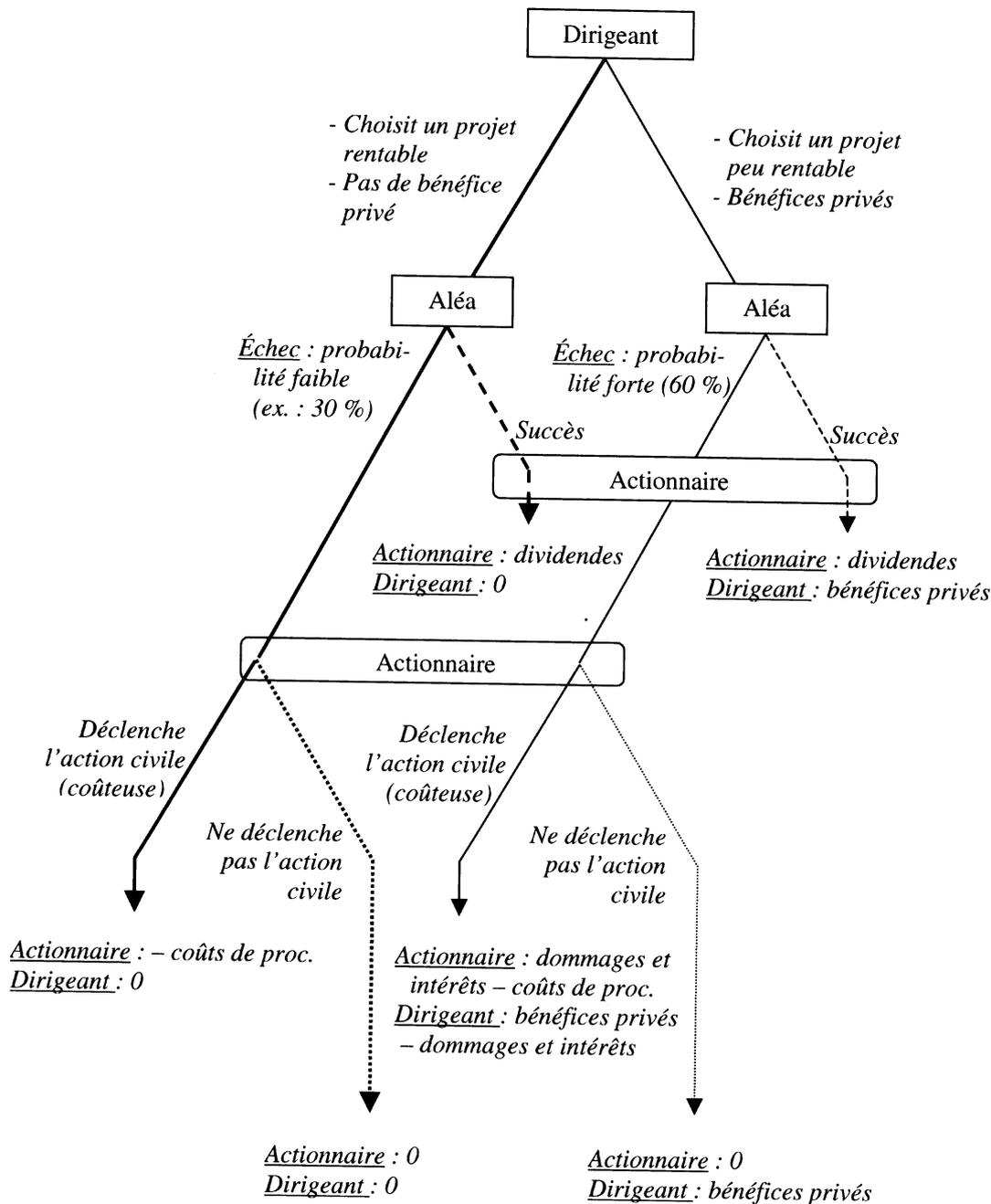
Sans chercher à présenter les détails de la résolution de ce modèle, cette approche par la théorie des jeux montre à quel point le législateur et/ou la jurisprudence disposent d'un pouvoir incitatif fort via la définition de niveaux économiquement pertinents de dommages et intérêts. À l'équilibre, un niveau optimal de sanctions pécuniaires doit en effet inciter le dirigeant à adopter un comportement vertueux (choix du projet rentable) et, en conséquence, inciter l'actionnaire à ne jamais déclencher l'action civile coûteuse : cette situation caractérise un équilibre économique. Le travail de l'économiste étant justement d'offrir au juriste des indications sur les niveaux optimaux de sanctions, à comparer avec les coûts de fonctionnement de l'appareil judiciaire.

## Conclusion

**L**a notion d'ABS est complexe par nature. Cette complexité est due principalement au fait que l'ABS peut être économiquement proche de la faute de gestion. Nous avons cherché, dans cette présentation, à souligner les enjeux en termes de gouvernement d'entreprise de la notion d'ABS et de montrer quels pouvaient être les apports de l'économiste sur ce sujet.

Ces apports sont de deux types. Positifs, d'une part, en soulignant les implications

## Un exemple de formalisation de l'ABS en présence d'asymétries d'information

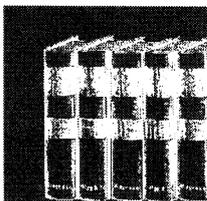


économiques de l'ABS et les difficultés pour les agents à en appréhender la complexité. De ce point de vue, une clarification de la jurisprudence en matière d'ABS serait souhaitable et c'est là l'un des défis majeurs posés au juriste : comment déterminer un traitement judiciaire adapté à un phénomène économique complexe tout en

restant aisément appréhendable par le justiciable ? Comme l'exprimait Adam Smith dans son cours de jurisprudence, « un élément qui ralentit grandement le commerce est l'imperfection de la loi et l'incertitude frappant son application ».

L'apport de l'économiste est également normatif : en fournissant au juriste une ana-

lyse (certes simplifiée) des modifications comportementales des agents économiques supposés anticiper la structure du droit, l'économiste peut participer à l'amélioration de l'efficacité économique des textes et des décisions. C'est probablement sur ce point que la collaboration entre les deux sciences est la plus fructueuse.



# LA RÉCEPTION ET LA COHÉRENCE DES CONSIDÉRATIONS ÉCONOMIQUES RELATIVES À L'ABUS DE BIENS SOCIAUX

FRÉDÉRIC STASIAK

Professeur à l'Université Nancy 2

Selon le mot célèbre de Louis Huguency, « Sous l'afflux des fraudes commises en matière de sociétés, l'article 408 avait débordé (...). Le moment est venu, pour lui, de rentrer sagement dans son lit » (1). Ce qui était vrai hier pour l'abus de confiance pourrait l'être aujourd'hui pour l'abus de biens sociaux, ne serait-ce qu'en raison du lien étroit qui unit ces deux infractions.

L'analyse économique pourrait-elle néanmoins permettre d'endiguer le flot de critiques qui submerge l'une des plus célèbres infractions d'affaires ?

On serait tenté de le croire puisque l'intervention du professeur Régis Blazy met en évidence la pertinence de l'incrimination d'abus de biens sociaux. Au niveau macroéconomique d'abord, l'infraction contribuerait à la stabilité économique et financière en atténuant les « biais concurrentiels ». Au niveau microéconomique ensuite, elle assurerait la protection de l'intérêt de la société, des associés voire des créanciers sociaux, en neutralisant l'asymétrie informationnelle, entre pouvoir et contrôle au sein de la société, susceptible d'inciter le dirigeant à commettre des abus de biens sociaux « opportunistes » ou « protectionnistes ».

Il serait par conséquent nécessaire d'avoir des règles de droit claires, des sanctions dissuasives permettant aux agents économiques d'en anticiper l'application en modifiant leur comportement : le principe de légalité criminelle ne dit pas autre chose.

Mais si l'on renverse la perspective, on peut légitimement se demander si le délit d'abus de biens sociaux, tel qu'actuellement compris par

la jurisprudence, satisfait véritablement à ces exigences de clarté, de prévisibilité, de dissuasion et de réparation.

L'incrimination apparaît d'une certaine complexité liée aux notions d'intérêt social et d'intérêt personnel du dirigeant. Cette complexité nuit d'abord à l'information des dirigeants sociaux et ne les incite pas suffisamment à modifier leurs comportements. Elle perturbe ensuite l'office du juge pénal en le menant à une analyse qui peut confiner au contrôle de gestion.

Les sanctions pénales semblent, *a priori*, insuffisantes ou inadaptées puisque les statistiques judiciaires révèlent une augmentation conséquente et constante des condamnations. Mais cette augmentation peut avoir d'autres explications : sévérité de la jurisprudence dans l'appréciation des éléments constitutifs de l'infraction ; existence de contrôles internes, des associés par exemple, permettant une meilleure détection des comportements délictueux. Le problème étant précisément que les dommages et intérêts ne bénéficient désormais qu'à la société elle-même, puisque les associés sont actuellement irrecevables à se constituer partie civile pour leur préjudice personnel, ce qui risque de ne plus les inciter à s'investir dans le contrôle de la gestion sociale.

À la pertinence économique de l'abus de biens sociaux s'opposerait, en quelque sorte, les impertinences juridiques de ce délit.

Aussi est-ce sans doute davantage la pertinence du principe de la sanction pénale que celle de l'incrimination spéciale d'abus de biens sociaux qui se trouve écono-

miquement justifiée. Mais si l'efficacité de l'abus de biens sociaux peut être sujette à caution, quelle autre infraction pourrait-on lui substituer qui permettrait de maintenir la confiance sur laquelle repose « l'échange marchand » ?

Poser la question en ces termes, n'est-ce pas déjà y apporter un embryon de réponse ?

Surtout si l'on ajoute que nos voisins européens semblent avoir privilégié le recours à des infractions de droit commun, parfois identiques à l'abus de confiance, pour sanctionner des comportements comparables (2), à l'exception notable de l'Espagne (3).

Il n'est par conséquent pas inutile de rappeler succinctement les circonstances ayant conduit à la création de l'infraction d'abus de biens sociaux (I), puisqu'elles expliquent, au moins partiellement, la complexité de l'incrimination (II) et l'inefficacité des sanctions (III).

## I. La création de l'infraction d'abus de biens sociaux

S'agissant de la création du délit d'abus de biens sociaux, un constat peut être fait : les considérations économiques ont certainement prévalu — comme souvent — sur les difficultés juridiques (4) qui persistent actuellement.

### A. Prévalence des considérations économiques

Une redoutable crise économique, celle de 1929, et un célèbre scandale politico-financier, celui du Crédit municipal de Bayonne ou « af-

(1) Cité par J.-M. Verdier, *L'abus de mandat social : abus des biens et du crédit de la société ; abus de pouvoirs*, in *Études de droit commercial sur le droit pénal des sociétés anonymes*, Dalloz 1955, p. 151.

(2) Au regard du droit comparé, le droit français semble en effet faire figure d'exception, puisque la plupart des législations étrangères ont recours à une infraction de droit commun proche de l'abus de confiance : article 491 du Code pénal belge reprenant les dispositions de l'article 408 de l'ancien Code pénal français ; le détournement du § 246 du Code pénal allemand s'apparente à l'abus de confiance et la déloyauté du § 266 ressemble davantage à l'abus de biens sociaux français ; l'article 646 du Code pénal italien sur l'appropriation indélicat et les articles 2621 et 2627 du Code civil italien réprimant les fausses communications ou les répartitions illégales de dividendes par exemple.

(3) Le Code pénal espagnol prévoit une incrimination proche de celle de l'article L. 242-6 de notre Code de commerce : « les administrateurs de fait ou de droit ou les associés d'une société quelconque constituée ou en formation qui, dans leur intérêt ou celui d'un tiers, abusant de leurs pouvoirs, disposent frauduleusement des biens de la société ou mettent des obligations à sa charge en causant directement un préjudice économique évaluable à ses associés, dépositaires, associés en participation, ou propriétaires des biens, valeurs ou capital qu'ils gèrent, seront punis d'une peine de six mois à quatre ans d'emprisonnement ou d'une amende pouvant aller jusqu'au triple du gain réalisé ». Cf. A. Médina, *Abus de biens sociaux. Prévention - détection - poursuite*, Dalloz Référence, Droit de l'entreprise, 2001, p. 5 et s.

(4) Comp. les circonstances de l'intervention du *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, en matière boursière.

faire Stavisky », ont manifestement convaincu le législateur d'intervenir ou plutôt de faire intervenir le gouvernement. La loi du 8 juin 1935 accorda au gouvernement les pleins pouvoirs pour « assurer la défense du franc et la lutte contre l'inflation ». C'est sur ce fondement qu'intervinrent les deux décrets-lois du 8 août et du 30 octobre 1935 introduisant l'infraction d'abus de biens et du crédit de la société et celle d'abus de pouvoirs dans la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés (5).

Cette disposition pénale apparaît donc davantage comme l'enfant de la crise que comme celui de l'abus de confiance : alors que l'infraction de distribution de dividendes fictifs existait dès la loi du 24 juillet 1867 (6), il aura fallu encore attendre presque soixante-dix ans pour que soient palliées les insuffisances, au regard du droit des sociétés, de l'article 408 du Code pénal de 1810.

## B. Persistance de difficultés juridiques

Avant 1935, les détournements réalisés par des personnes chargées de gérer les biens d'autrui se voyaient réprimer au titre de l'abus de confiance. Cette infraction de droit commun souffrait toutefois de deux limites principales : une liste limitative des contrats en vertu desquels la remise de la chose détournée devait intervenir, qui ne comprenait pas le contrat de société, et le fait que les biens immobiliers n'entraient pas dans le champ de cette incrimination.

La jurisprudence sut s'affranchir de la première limite en décidant que l'administrateur était le mandataire de la société, or le mandat faisait

partie des contrats visés par l'article 408 du Code pénal.

Mais elle refuse toujours de considérer que le détournement caractéristique de l'abus de confiance puisse porter sur des biens immobiliers. La rédaction de l'actuel article 314-1 du Code pénal, visant le détournement d'un « bien quelconque » ne semble pourtant pas exclure les immeubles et nul ne paraît contester qu'un usage litigieux « des biens » de la société puisse porter sur un immeuble appartenant à celle-ci.

Par ailleurs, les interventions législatives successives ont entraîné un développement anarchique de l'incrimination. En dehors du Code de commerce (7), de nombreuses autres dispositions incriminent un comportement similaire (8), avec parfois des peines distinctes (9), l'absence de prise en compte du dirigeant de fait (10) ou même la répression de la tentative (11).

La responsabilité pénale du liquidateur est également prévue par l'article L. 247-8 du Code de commerce, avec une peine d'amende moindre (12), mais dans un chapitre VII intitulé « Des infractions communes aux diverses formes de sociétés » ce qui inclut les sociétés pour lesquelles les dirigeants ne sont pas concernés par le délit, c'est-à-dire les sociétés en commandite simple et les sociétés en nom collectif. Toutefois des poursuites pour abus de confiance sont possibles à leur encontre, à moins qu'ils n'abusent des biens immobiliers appartenant à leur société...

La loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 aurait pu remédier à ces insuffisances mais les circonstances économiques et, surtout, politiques ne s'y prêtaient guère. Seul le champ de

(5) V. notamment, A. Médina, *ouvrage préc.*, p. 3 et 4.

(6) J.-H. Robert et H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, coll. *Droit fondamental*, PUF 2004, p. 471.

(7) Art. L. 241-3, 4<sup>e</sup>, pour les SARL, en rappelant que la jurisprudence a fait application de l'infraction à une EURL (Cass. crim., 14 juin 1993, *Rev. sociétés* 1994, p. 90, note B. Bouloc) ; art. L. 242-6, 3<sup>e</sup>, pour les SA ; et par renvoi à ce dernier : art. L. 243-1 pour les sociétés en commandite par actions et art. L. 244-1 pour les sociétés par actions simplifiées.

(8) En matière de sociétés civiles de placement immobilier (C. mon. et fin., art. L. 231-11) ; de sociétés de constructions (C. construct., art. L. 241-6 et L. 313-32) ; d'entreprises d'assurances même si elles ne relèvent pas de plein droit du droit des sociétés, ce qui permet d'inclure les entreprises d'assurances à forme mutuelle et à objet civil (C. assur., art. L. 328-3) ; de sociétés coopératives (art. 26, al. 3 de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 renvoyant aux peines de l'escroquerie) ; de caisses d'épargne et de prévoyance (C. mon. et fin., art. L. 512-87 et L. 512-90) ; de certains groupements comme EDF-GDF ou les Charbonnages de France (P. Maistre du Chambon, *l'abus de biens sociaux*, in *Le risque pénal dans l'entreprise : où passent les frontières de l'illégalité ?*, *Dr. pén.* 2000, n° spécial, p. 12).

(9) C. construct., art. L. 241-6 : 5 ans et 18.000 € ; C. construct., art. L. 313-32 : 5 ans et 150.000 €.

(10) Notamment pour les sociétés coopératives ou les entreprises d'assurances, mais la Cour de cassation paraît prendre quelque liberté avec le principe de légalité, ainsi qu'avec l'interprétation stricte des dispositions pénales qui en découle, puisqu'elle valide des poursuites pour abus de biens sociaux à l'égard d'un dirigeant de fait ayant reçu une délégation générale de pouvoirs du conseil d'administration d'une société coopérative, au motif qu'il devait être considéré comme un « véritable mandataire » de la société coopérative (Cass. crim., 16 janvier 1964, *D.* 1964, p. 194, *JCP* 1964. II. 13612, note J.-R. ; 17 mars 1977, *JCP* 1977, p. 125). Seules des poursuites pour abus de confiance devraient être envisageables mais avec l'aggravation prévue par l'article 313-3 du Code pénal visant l'infraction commise par un mandataire de justice ayant agi soit dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de l'exercice de celles-ci, soit en raison de sa qualité, portant les peines à 10 ans d'emprisonnement et 1.500.000 € d'amende. Cela vise le liquidateur d'une société d'assurance qui est nécessairement un mandataire de justice (C. assur., art. L. 326-2) alors que ce ne sera pas nécessairement le cas pour le liquidateur d'une société coopérative. Cf. A. Médina, *ouvrage préc.*, p. 191 et s.

(11) C. construct., art. L. 241-6.

(12) 9.000 € au lieu de 375.000 € pour les dirigeants sociaux.

l'incrimination a été étendue aux dirigeants favorisant une autre société « ou entreprise » dans laquelle ils sont intéressés. La codification dite « à droit constant » opérée par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, s'est bornée à reformuler l'incrimination pour la mettre en conformité avec les techniques rédactionnelles du Code pénal de 1992 (13).

## II. Complexité de l'incrimination

La complexité de l'incrimination d'abus de biens sociaux se caractérise doublement par des imperfections de l'élément intellectuel et une imprécision de l'élément matériel de l'infraction.

### A. Imperfections de l'élément intentionnel

#### 1. Imperfection formelle

La légistique criminelle est malmenée par une définition redondante du dol général de l'infraction exigeant que les dirigeants aient « de mauvaise foi » fait des biens ou du crédit de la société un usage « qu'ils savent contraire » à l'intérêt social.

Pourtant, la jurisprudence retient parfois la simple négligence du dirigeant social poursuivi qui, en raison de ses fonctions, aurait dû connaître ou ne pouvait pas ignorer le caractère délictueux de l'acte accompli par autrui (14).

#### 2. Imperfection substantielle

À ce dol général, le texte d'incrimination ajoute un dol spécial : avoir agi à des fins personnelles (15).

À la lumière de l'exposé du professeur Régis Blazy, il pa-

raît légitime de s'interroger sur la pertinence de cette exigence légale puisque « privilégier son intérêt personnel est économiquement rationnel ». Faut-il en déduire que lorsque l'intérêt social et l'intérêt personnel du dirigeant s'opposent, ce dernier fera prévaloir son propre intérêt sur celui de la société puisque un agent économique rationnel cherche à maximiser son bien-être ?

À l'origine, ce dol spécial était destiné à limiter le champ de l'infraction afin de ne pas contrarier l'esprit d'entreprise. Mais il a été interprété de manière particulièrement extensive par la jurisprudence qui y intègre l'intérêt matériel (rémunérations excessives par exemple) comme l'intérêt moral, familial ou amical (recherche de prestige et de notoriété, sauvegarde de la réputation familiale ou d'intérêts électoraux). Dès lors que tout mobile peut être pris en considération, ce dol spécial devient « superfétatoire » (16) et ne permet plus de distinguer la faute pénale de la faute de gestion (17).

Si cette interprétation induit un accroissement de la répression, elle est susceptible d'aboutir corollairement à un déficit de compréhension des acteurs économiques concernés qui ne leur permet peut-être pas suffisamment d'anticiper les règles et de modifier leur comportement.

### B. Imprécision de l'élément matériel

#### 1. La contrariété à l'intérêt de la société

La principale source de difficultés concernant l'élément matériel de l'infraction réside dans l'exigence d'un acte contraire à l'intérêt social.

Cette notion a donné lieu à d'importantes divergences doctrinales, assimilant l'intérêt social à l'intérêt des associés qui la composent ou, plus largement, à l'intérêt de l'entreprise (18). L'analyse économique semble se faire l'écho de cette acception extensive à travers la notion de « créancier résiduel ».

La chambre commerciale de la Cour de cassation paraît considérer que l'intérêt social est l'intérêt général ou essentiel de la société (19).

La chambre criminelle avait, pour sa part, considéré un temps que « les abus de biens sociaux portent atteinte non seulement aux intérêts des associés mais aussi à ceux des tiers qui contractent avec elle (*sic*) » (20). Mais, paradoxalement, elle refusait les constitutions de parties civiles des créanciers. En décidant désormais que l'action civile des associés — pour leur préjudice personnel — est également irrecevable, elle tend à assimiler l'intérêt social à celui de la seule société victime de l'infraction (21).

L'évolution de la jurisprudence de la chambre criminelle relative à la notion d'intérêt social est connue. Elle a d'abord considéré que « l'usage des biens d'une société est nécessairement abusif lorsqu'il est fait dans un but illicite » (22), suscitant un tollé général. Puis elle a semblé infléchir sa position (23), avant de décider que « quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation » (24). L'abus ne dépen-

(13) « Est puni (...) le fait (...) ».

(14) Cass. crim., 19 décembre 1973, Bull. crim., n° 480 ; D. 1974. 271, note Bouloc.

(15) Ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle le dirigeant était directement ou indirectement intéressé.

(16) W. Jeandière, *Droit pénal des affaires*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz 2003, n° 275. Cependant M. Pralus prône le maintien du dol spécial afin de renforcer « la vigilance sur le terrain de la preuve des agissements abusifs » : « Contribution au procès de l'abus de biens sociaux », *JCP* 1997. I. 4001, n° 28.

(17) En ce sens, W. Jeandière, *ibid.*

(18) Définie comme une « unité économique impliquant la mise en œuvre de moyens humains et matériels de production ou de distributions des richesses et qui repose sur une organisation préalable », *Lexique des termes juridiques* Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2001, p. 239.

(19) D. Tricot, *RTD com.* 1994, p. 622.

(20) Cass. crim., 26 mai 1994, *JCP* 1994. IV. 1959 ; *Rev. sociétés* 1994, p. 771, note B. Bouloc.

(21) Cf. *infra*.

(22) Cass. crim., 22 avril 1992, *Rev. sociétés* 1993, p. 124, note B. Bouloc ; *Dr. pén.* 1993, comm. 115, Robert.

(23) Cass. crim., 11 janvier 1996, *Rev. sociétés* 1996, note B. Bouloc ; *Dr. pén.* 1996, 108, Robert.

(24) Cass. crim., 27 octobre 1997, Bull. crim., n° 352 ; *JCP* 1998. II. 10017, note Pralus ; *Rev. sociétés* 1997, p. 869, note B. Bouloc.

drait donc pas de l'illicéité de l'acte mais de la gravité de la lésion subie ou de l'anormalité du risque encouru.

Mais où se situent ces seuils de gravité ou d'anormalité et quels en sont les éléments d'appréciation si le risque est inhérent à la vie des affaires ?

Lorsqu'il s'agit de pénétrer un marché fermé, sur lequel les « droits d'entrée » et autres « commissions » sont systématiques, voire systématiques, voire systématiques, voire systématiques, est-il possible de considérer qu'il existe un manque à gagner collectivement dommageable, du moins en l'absence de disproportion entre la commission versée et les bénéfices escomptés ? Ne s'agirait-il pas, au contraire, de neutraliser un biais concurrentiel, à l'instar de l'exception d'alignement de la revente à perte (25) ?

La gravité de l'acte ou l'anormalité du risque étant apprécié par le juge pénal au jour de l'acte et non en fonction du résultat produit, le quitus ou l'approbation donnés sont indifférents sur la qualification de l'infraction, puisqu'ils s'assimilent à un consentement de la victime. Il est tout aussi indifférent que le résultat final s'avère favorable ou défavorable à la société car on cherche à réprimer l'abus et non l'incompétence dans la gestion sociale. Mais la distinction entre les deux est malaisée, tout comme l'est celle entre faute de gestion et faute pénale.

S'il revient au juge pénal de caractériser et de réprimer les appropriations frauduleuses et autres atteintes aux biens, lui incombe-t-il vraiment d'apprécier l'intérêt d'une société, voire d'un groupe de sociétés ?

## 2. La contrariété à l'intérêt du groupe de sociétés

Les analyses précédentes, relatives à la notion d'intérêt social, prennent une importance particulière en matière de groupes de sociétés au sein desquels les flux et concours financiers ainsi que les échanges de services sont habituels mais peuvent être très inférieurs au prix du marché, voire gratuits (26). Dans le cadre des groupes de sociétés, il peut arriver qu'une filiale soit « littéralement vidée de sa substance » (27) au profit d'une autre et il faut alors vérifier si le groupe dans son ensemble a ou non, profité de l'acte litigieux (28).

En pareille hypothèse, la Cour de cassation considère que le sacrifice demandé, parfois fermement, à une filiale n'est pas pénalement punissable lorsqu'il est « motivé par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe et ne doit être ni démuné de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni n'excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge » (29).

Les conditions de ce fait justificatif spécial, tiré de l'intérêt du groupe (30), sont particulièrement strictes et les relaxes exceptionnelles (31). La doctrine a suggéré différents fondements, dont aucun ne paraît pleinement satisfaisant : état de nécessité, permission de la loi, voire contrainte morale.

Toutefois, un fait justificatif suppose que le comportement susceptible d'en bénéficier soit délictueux. Or la jurisprudence précitée se réfère à l'absence de disproportion pour la filiale qui en sup-

porte la charge en exigeant l'existence de contrepartie, l'équilibre entre les sociétés concernées ou l'absence de charges excessives. Mais l'on a vu précédemment que, s'agissant d'une entreprise isolée, c'est la gravité de l'atteinte ou l'anormalité du risque supporté par le patrimoine social, qui caractérise l'abus des biens ou du crédit de la société. Si l'atteinte est acceptable ou le risque normal, l'infraction n'existe pas. Il est permis d'en déduire que les conditions posées par la chambre criminelle en matière de groupe ne font tout simplement que nier l'existence de l'infraction vis-à-vis de la filiale en cause.

Alors pourquoi se référer à un pseudo fait justificatif fondé sur l'intérêt économique, social ou financier commun ? Inversement, si la jurisprudence veut maintenir la cause de justification aux conditions requises, elle devrait en faire bénéficier l'entreprise isolée qui peut aussi poursuivre un intérêt économique, social ou financier dans l'acte accompli, sans sacrifice exorbitant.

Rappelons enfin le réalisme du droit fiscal : dans un arrêt du 15 avril 1988 (32), le Conseil d'État admet que le versement de « commissions » peut constituer un acte normal de gestion dès lors que le chiffre d'affaires de la société concernée avait progressé de façon significative et que le montant des rémunérations était proportionnel au montant des affaires traitées.

## III. Inefficacité des sanctions

L'augmentation constante du nombre de condamnations pour abus de biens sociaux, attestée par les statistiques judiciaires, incite

(25) C. com., art. L. 442-4, I, 1<sup>o</sup>, d.  
(26) J.-H. Robert et H. Matsopoulou, ouvrage préc., p. 478.

(27) A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, Cujas 1982, n<sup>o</sup> 986.

(28) Ch. Freyria et J. Clara, *De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés*, JCP E 1993, p. 247 ; D. Ohl, *L'intérêt du groupe contre l'intérêt social : la solidarité limitée*, in *Le délit d'abus de biens sociaux*, Rev. juridique du Centre Ouest, n<sup>o</sup> spécial, janvier 1997, p. 60.

(29) Cass. crim., 4 février 1985, Rozenblum, JCP 1986. II. 20585, note Jeandidier, Rev. sociétés 1985, p. 648, note B. Bouloc ; 13 février 1989, Bull. crim., n<sup>o</sup> 69, Rev. sociétés, 1989, p. 692, obs. B. Bouloc ; 4 septembre 1996, Bull. crim., n<sup>o</sup> 314. Mais la Cour de cassation n'admet pas que la notion d'intérêt de groupe puisse justifier l'infraction de banqueroute : Cass. crim., 27 avril 2000, Bull. crim., n<sup>o</sup> 169, Rev. sc. crim. 2000, p. 842, obs. Renucci. *La solution admise pour l'abus de biens sociaux évoque notamment la justification des pratiques anticoncurrentielles lorsqu'elles « ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien de l'emploi, et (...) réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause »*

(C. com., art. L. 420-4, I, 2<sup>o</sup>), ou la justification du délit d'imitation fondée sur la nécessité « d'un plan de restructuration du capital (...) en vue de libérer la société de l'emprise de son actionnaire principal » (Cass. com., 9 avril 1996, Bull. civ. IV, n<sup>o</sup> 115, Bull. Joly bourse 1996, p. 305, note Peltier).

(30) C. Le Gunehec, *Le fait justificatif tiré de la notion de groupe de sociétés dans le droit pénal français de l'abus de biens sociaux, à propos d'un arrêt de la chambre criminelle du 4 février 1985*, RID pén., 1987, p. 117. Comp. B. Oppetit et A. Sayag, *Méthodologie d'un droit des groupes*, Rev. sociétés 1973, p. 585.

(31) Cependant : T. corr. Paris, 16 mai 1974, D. 1975, p. 37 ; CA Paris, 29 mai 1986, Gaz. Pal. 1986. II, p. 484.

(32) Cité par M. Dobkine, *Réflexions itératives à propos de l'abus de biens sociaux*, D. 1997, chron., p. 323, qui relève que « la démarche du juge fiscal est objective, gestionnaire et moralement neutre » alors que celle du juge pénal est nécessairement différente puisque celui-ci est « en charge de la morale et de l'éthique ».

à redéfinir les modalités des sanctions pénales et à réintroduire la possibilité d'une indemnisation des associés pour leur préjudice personnel.

### A. Redéfinir les modalités des pénalités

1. S'agissant en premier lieu des peines, l'amende ne prend pas en compte les profits réalisés ou éventuellement réalisés, ce qui est pourtant fréquent en droit des affaires, notamment en matière boursière (33). Les agents économiques informés peuvent effectivement anticiper les règles juridiques mais pas nécessairement en modifiant leur comportement : ils peuvent aussi provisionner le montant de l'amende encourue pour abus de biens sociaux.

Qui plus est, l'interdiction de gérer ne peut être prononcée ni à titre de peine complémentaire (34), ni à titre de peine accessoire sur le fondement du décret-loi du 8 août 1935 (35), alors qu'elle peut l'être pour des infractions de droit commun telles que le vol, l'escroquerie ou l'abus de confiance. Toutefois, il est possible de recourir à un substitut à l'emprisonnement : l'interdiction d'exercer pour une durée de cinq ans au plus l'activité professionnelle ou sociale dès lors que les facilités que procure cette activité ont été sciemment utilisées pour préparer ou commettre l'infraction, prévue par l'article 131-6, 11° du Code pénal.

Si la société se trouve en état de cessation des paiements, les détournements d'actifs peuvent être qualifiés de banqueroute permettant alors au juge de recourir à un véritable arsenal juridique : les peines complémentaires classiques de l'article L. 626-5 ; la faillite personnelle de l'arti-

cle L. 626-6 ou l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise de l'article L. 625-8 (36). Ceci explique sans doute que les juges du fond tendent à faire prévaloir la banqueroute sur l'abus de biens sociaux lorsque survient un conflit de qualifications car il n'y a, de surcroît, ni intérêt personnel à rechercher, ni intérêt social à apprécier pour appréhender les détournements d'actifs constatés.

La qualité de dirigeant social ou de liquidateur, exigée par les textes d'incrimination, pose problème pour la répression du complice dépourvu d'une telle qualité. Ce dernier ne semble pas pouvoir être « puni comme auteur » de l'infraction sur le fondement de l'article 121-6 du Code pénal. Cette solution devrait d'autant plus s'imposer qu'en matière de banqueroute, l'article L. 626-3 du Code de commerce prévoit que les complices encourrent les mêmes peines que l'auteur principal « même s'ils n'ont pas la qualité de commerçant, d'agriculteur ou d'artisan ou ne dirigent pas directement ou indirectement, en droit ou en fait, une personne morale de droit privé ayant une activité économique ». Il en résulte, *a contrario*, qu'à défaut d'une telle précision dans les textes réprimant l'abus de biens sociaux, le complice dépourvu de la qualité requise devrait échapper à la répression. Aussi regrettable soit-elle, cette solution s'inscrit dans la logique du principe de légalité criminelle.

Il faut également déplorer l'absence de responsabilité pénale des personnes morales pour abus de biens sociaux, tout au moins jusqu'au 31 décembre 2005 (37), alors qu'elle est prévue pour les infractions de vol, d'escroquerie et d'abus de

confiance. Se pose alors la question de la responsabilité pénale de la personne physique, représentant permanent de la personne morale administrant une société.

À ces difficultés, s'ajoutent les raffinements de la jurisprudence pénale concernant le point de départ du délai de prescription de l'action publique (38).

2. S'agissant en second lieu de la prescription de l'action publique et sans revenir en détail sur la question, rappelons seulement qu'après avoir longtemps décidé que le point de départ du délai de prescription de l'action publique était fixé au jour où l'infraction a été découverte (39) dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique (40), la jurisprudence décide désormais que ce point de départ est fixé, sauf dissimulation, au jour de la présentation des comptes annuels (41).

La solution précédente, évidemment contraire aux exigences des articles 7 et 8 du Code de procédure pénale, n'était cependant pas dépourvue d'une certaine pertinence au regard de la maxime *contra non valentem agere non currit praescriptio* ou de l'action en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général qui « se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation » (42).

La solution actuelle ne satisfait toujours pas aux articles 7 et 8 du Code de procédure pénale mais, à la réflexion, ne serait-ce pas ces deux dispositions qu'il conviendrait de modifier ? Ne serait-il pas plus judicieux — et efficace — de fixer le point de départ du délai de prescription de l'action publique au jour de la découverte de l'infraction et ce même en de-

(33) C. mon. et fin., art. L. 465-1.

(34) Cass. crim., 12 septembre 2001, Dr. pén. 2002, comm. 6, note Robert.

(35) Cass. crim., 13 décembre 1988, Bull. crim., n° 429. Mais s'agit-il encore d'une peine accessoire après l'arrêt d'Assemblée plénière du 22 novembre 2002 (JCP 2003. II. 10042, note Jeandidier ; JCP E 2003, n° 17-18, p. 757, note Robert ; Dr. pén. 2003, comm. 37, obs. Robert) visant la loi n° 47-1635 du 30 août 1947 ? Cette dernière a-t-elle vocation à s'appliquer en cas de condamnation définitive à trois mois d'emprisonnement ferme pour abus de biens sociaux ? La doctrine l'affirme dans son ensemble (W. Jeandidier, J.-Cl. Sociétés, Fasc. 132-20, n° 93 ; D. Rebut, Rép. Pénal Dalloz, V°, Abus de biens sociaux, n° 226 ; contra G. Soudi, Un délit souvent inadapté : l'abus des biens ou du crédit de la société, RTD com. 1972, p. 304.), mais sans étayer son point de vue par des références jurisprudentielles. Les raisons de douter du bien-fondé de cette affirmation sont pourtant de trois ordres : l'article 1<sup>er</sup>, 4<sup>e</sup>, de la loi de 1947 vise les lois du 24 juillet 1867 et du 7 mars 1925 abrogées par celle du 24 juillet 1966 ; la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 ayant retouché l'article 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup>, aurait pu, ou dû, rectifier le 4<sup>e</sup> du même texte ; toutes les sociétés visées par l'incrimination d'abus de biens sociaux ne sont pas soumises aux dispositions, désormais codifiées, de la loi du 24 juillet 1966 (cas des sociétés civiles de placements immobiliers ou des entreprises d'assurance), ce qui introduit une distinction regrettable dans la répression d'une même infraction.

(36) Sans oublier l'action en comblement de passif de l'article L. 624-3 du Code de commerce, en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif.

(37) Date à laquelle sera supprimé le principe de spécialité régissant la responsabilité pénale des personnes morales (art. 54, loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, modifiant l'article 121-2 du Code pénal).

(38) Cf. L'appel à la raison du professeur Mayaud, D. 2004, chron., p. 194.

(39) Cass. crim., 7 décembre 1967, Bull. crim., n° 321. Pour l'abus de confiance : Cass. crim., 4 janvier 1935, Gaz. Pal. 1935. 1, jur., p. 353.

(40) Cass. crim., 10 août 1981, Bull. crim., n° 244. Pour l'abus de confiance : Cass. crim., 6 octobre 1955, Bull. crim., n° 378.

hors du droit pénal des affaires (43) ?

### B. Réintroduire la possibilité d'une indemnité

L'analyse économique confirme les caractères indemnitaires et incitatif, voire parfois vindicatif, de l'action civile. Elle conduit à porter une appréciation critique sur le récent revirement opéré par la chambre criminelle qui déclare désormais irrecevables les constitutions de partie civile des associés pour leur préjudice personnel (44).

La solution est empreinte d'un certain pragmatisme : gérer l'afflux des règlements de comptes strictement commerciaux devant le juge répressif. Mais n'aurait-il pas été possible de recourir davantage à la dénonciation calomnieuse (45) ?

Il convient de souligner que, dans un premier temps, la jurisprudence avait estimé que l'action civile des associés était irrecevable (46). Puis, dans un second temps, elle avait décidé le contraire (47) en admettant que le préjudice des actionnaires consistait essentiellement en une privation de bénéfice ou une perte de valeur de leurs actions qui découlent directement de l'infraction (48).

La situation est désormais la suivante pour les actionnaires : analyser attentivement les comptes annuels, parfois consolidés, et agir *ut singuli* (49) s'ils détectent des dépenses suspectes en sachant qu'ils devront supporter les frais de procédure. En cas de réussite, les dommages et intérêts versés intégreront exclusivement le patrimoine social : quel intérêt les associés

ont-ils à agir dans ces conditions ? Pourtant les abus de biens sociaux sont des infractions difficilement détectables parce que réalisées par des personnes ayant le pouvoir de dissimuler leurs agissements aux organes de contrôle. La jurisprudence actuelle « désincite » les associés à se montrer vigilants.

La situation est d'autant plus singulière que la chambre criminelle décide que les constitutions de partie civile des associés sont recevables, d'une part, pour abus de confiance dans les sociétés de personnes (50) et, d'autre part, en matière de délit d'initiés (51).

En définitive, l'analyse économique nous inciterait à poser la question suivante : l'abus de confiance pourrait-il être un remède aux maux de l'abus de biens sociaux ?

(41) Notamment, Cass. crim., 27 juin 2001, Dr. pén. 2001, comm. 129, note Robert. Ce qui fait place à l'incertitude pour la prescription du recel d'abus de biens sociaux : en principe, la prescription du recel est indépendante de celle de l'infraction d'origine et court du jour où la détention ou le bénéfice de la chose recelée cesse, mais il en va différemment pour le recel d'abus de biens sociaux, dont le point de départ est fixé au jour où l'abus de biens sociaux est apparu et dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique (Cass. crim., 6 février 1997, JCP 1997, II, 22823, note Pralus ; Dr. pén. 1997, comm. 61). Doit-on revenir au principe ou retenir la publication des comptes annuels, sauf dissimulation ?

(42) C. com., art. L. 225-254 ; v. égal. art. L. 225-42, al. 2 pour l'action en nullité des conventions de l'article L. 225-38 conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration.

(43) Rappelons que les articles 9 et 10 du Code brumaire An IV fixaient le point de départ de la prescription au jour où le parquet avait connaissance de l'infraction.

(44) Cass. crim., 13 décembre 2000, deux arrêts, Dr. pén. 2001, p. 16, note Robert et Rev. sociétés 2001, p. 394 et 399, notes B. Bouloc.

(45) C. pén., art. 226-10.

(46) Cass. crim., 12 février 1959, Bull. crim., n° 103.

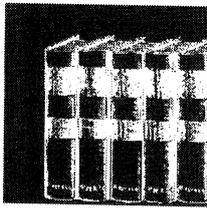
(47) Cass. crim., 6 janvier 1970, Rev. sociétés 1971, p. 25, note B. Bouloc ; 10 novembre 1971, Bull. crim., n° 307.

(48) Cass. crim., 11 janvier 1996, Dr. pén. 1996, comm. 110, note Robert.

(49) Cass. crim., 12 décembre 2000, Dr. pén. 2001, comm. 48, note Robert ; 4 avril 2001, D. 2002, jur., p. 1474, note Scholastique.

(50) Cass. crim., 10 avril 2002, Dr. pén. 2002, comm. 119, obs. Véron.

(51) Cass. crim., 11 décembre 2002, Bull. Joly Bourse 2003, p. 149, note Stasiak.



# LA SANCTION ADÉQUATE EN MATIÈRE CONTRACTUELLE : UNE ANALYSE ÉCONOMIQUE

**ÉRIC BROUSSEAU**

Professeur à l'Université Paris X-Nanterre  
Chercheur au Forum (UMR CNRS 7028)  
Membre de l'Institut universitaire de France

## I. L'analyse économique des contrats... en quelques mots

À partir du milieu des années 1970, les économistes ont développé une analyse des contrats sur la logique de laquelle il convient de revenir afin de permettre au juriste d'interpréter le message de la théorie économique en matière de rupture d'engagement contractuel (1).

Au départ, les économistes ne se sont pas intéressés au contrat en tant qu'objet juridique, leur objectif était de développer une représentation plus pertinente d'une économie de marché que celle dont ils disposaient alors. Dans une économie réelle, les agents se coordonnent de manière décentralisée en signant des contrats entre eux, alors que dans les modèles théoriques hérités du XIX<sup>e</sup> siècle, on représentait l'économie comme un ensemble de marchés centralisés, un peu à la manière des bourses de valeur. En se donnant les moyens de représenter l'économie comme un véritable système décentralisé, où les agents échangent entre eux à des prix négociés des prestations hétérogènes, les économistes sont parvenus à construire des modèles plus réalistes et plus précis qui leur ont permis de grands progrès dans l'analyse de la formation des grandeurs économiques (prix, quantités et qualités échangées). Cela étant, les économistes cherchaient à représenter comment les agents se mettent d'accords sur les termes de l'échange, pas à comprendre l'économie des mécanismes juridiques au cœur des contrats. Progressivement, cependant, les outils mobilisés ont été mis au service

d'une analyse de l'efficacité des formes alternatives de contrats du fait de la nécessité de mieux comprendre des contrats essentiels du point de vue économique — comme les contrats de long terme dans l'industrie ou les contrats de travail — et aussi parce qu'on a demandé aux économistes leur opinion sur des clauses contractuelles particulières — notamment dans le cadre du développement des politiques de la concurrence. Les économistes des contrats ont alors cherché à développer une véritable analyse économique des dispositifs juridiques, dans le prolongement de l'analyse économique du droit (AED).

Avant d'aller plus loin, rappelons que l'analyse économique du droit — mais on préférera le terme anglo-saxon de *Law and Economics* qui souligne mieux qu'il s'agit de mêler les deux approches — ne consacre en rien la suprématie des principes juridiques anglo-saxons, ce qui la rendrait inadaptée à l'analyse du droit civil. Comme le note Éric Posner (2002) — le fils du juge célèbre pour avoir popularisé la démarche outre-Atlantique (Posner [2003]) — l'analyse économique est en réalité peu en phase avec les pratiques des juridictions américaines. Les juges considèrent qu'elle a souvent une portée pratique limitée. L'AED n'a donc qu'une influence modeste sur le droit outre-Atlantique. En fait, comme le rappelle Aristides Hatzis (2000), le *Law and Economics* joue un rôle important dans les pays de *common law* du fait du développement des débats autour des cas concrets de jurisprudence et de l'absence d'un corpus doctrinal pour l'ordonner. Les catégories analy-

tiques proposées par les tenants de l'AED ont permis d'organiser un certain nombre de débats transversaux. Le raisonnement économique ne conduit cependant en rien à la démonstration d'une supériorité de la loi coutumière sur le code, comme le démontrent les contributions qui se multiplient réunies, par exemple, par Deffains et Kirat (2001) ou par Deffains (2002). Elles soulignent que les pratiques juridiques dont on parvient à démontrer la supériorité appartiennent parfois à un univers juridique, parfois à un autre, et qu'en sus la plupart de ces pratiques sont présentes (à des degrés divers) dans l'ensemble des droits. L'approche économique n'est en rien biaisée en faveur d'un cadre légal ou un autre.

Ces différents éléments de cadrage permettent de préciser la nature et la pertinence des approches économiques de la rupture contractuelle. À la fois parce que l'économie des contrats n'est pas destinée à fournir une doctrine complète en matière de sanction en cas d'inexécution, et parce qu'il est fidèle à sa démarche hypothético-déductive, l'économiste propose des modèles théoriques destinés non pas à saisir toutes les dimensions du problème, mais à mettre l'accent sur certains enchaînements de causalités. Le juriste doit donc se familiariser avec la « boîte à outil » des économistes pour élaborer sa propre doctrine ou éclairer ces décisions. C'est en tous les cas dans cet esprit qu'est conçu le présent article qui propose un éclairage sur différentes dimensions de l'analyse économique du défaut d'exécution des contrats.

Afin de comprendre l'intérêt de ces modèles, il convient de

(1) On trouvera une analyse assez exhaustive de l'économie des contrats dans Brousseau (1993) ainsi que dans Brousseau et Glachant (2000) (et 2002 pour une version en anglais plus exhaustive).

souligner leur socle commun. Il tient à la vision du contrat comme outil de lutte contre l'incertitude. Pour les économistes, le contrat est avant tout un ensemble d'engagements réciproques entre deux parties destinées à leur permettre d'économiser sur les « coûts de transaction ». Ces coûts renvoient aux dépenses que les individus doivent consentir pour rechercher un partenaire et négocier les termes de l'échange (coûts *ex-ante* qualifiés de coûts d'« écriture ») auxquels s'ajoutent les dépenses réalisées une fois que le contrat signé (coûts *ex-post* qualifiés de coûts de « gouvernance »). En effet, il existe un décalage temporel entre le moment où l'accord est scellé et où il est exécuté. Ce décalage peut être à l'origine d'inadaptations car les parties peuvent ne pas avoir correctement prévu l'avenir, à la fois parce qu'elles ont des capacités de décision bornées (concept de « rationalité limitée ») et parce que l'avenir est incertain. Les obligations souscrites *ex-ante* peuvent donc les conduire à adopter des comportements qui ne sont pas les meilleurs possibles *ex-post*, ce qui génère des coûts dits de « maladaptation » auxquels peuvent s'ajouter des coûts liés aux renégociations et conflits qui s'en suivent. Cela plaide en faveur d'une certaine flexibilité permettant aux parties de revenir sur leurs obligations afin de s'adapter à la situation. Cela étant ces adaptations éventuelles posent problème. D'abord parce que les apports réciproques des parties peuvent être décalés dans le temps, une révision de ce qu'apporte, par exemple B à A au temps T peut se traduire concrètement par une perte par rapport à ce qu'A attendait de B compte tenu de ce que le premier a donné ou fait au temps T - 1 en fa-

veur de B. Ensuite, parce que la révision peut être stratégiquement utilisée par une des parties pour ne pas exécuter ses obligations contractuelles. Ces éléments plaident pour forcer à l'exécution des obligations telles qu'elles ont été souscrites non seulement pour protéger les intérêts des parties éventuellement lésées, mais aussi pour garantir l'efficacité. En effet, si les parties savent *ex-ante* qu'*a posteriori* les engagements souscrits par des tiers à leur égard seront révisables, ils hésiteront eux-mêmes à s'engager dans toute transaction qui ne serait pas instantanément dénouée, puisqu'ils pourraient perdre à tout moment la valeur de ce qu'ils ont engagé dans la transaction. Ainsi tout engagement contractuel se trouve-t-il marqué par la tension entre un besoin de rigidité, garante de sa crédibilité — elle-même nécessaire pour que les parties s'engagent dans des transactions marquées par un certain risque —, et un besoin de flexibilité, garante d'une adaptation des parties aux situations auxquelles elles sont effectivement confrontées.

À partir de cette vision communes trois modèles proposent des analyses complémentaires des problèmes engendrés par l'exécution des engagements contractuels (2). Le premier concerne en particulier ce que les économistes qualifient de contrats transactionnels, par références à la catégorisation proposée par le sociologue du droit américain Ian Macneil (1974). Il s'agit de contrats organisant une transaction commerciale classique n'engageant pas les parties pour une longue durée. Cette approche permet de mettre à plat les éléments plaidant en faveur de différents régimes d'indemnisation en cas de

non-exécution contractuelle. Elle conduit surtout à montrer comment l'attitude du juge (ou du législateur) influe sur la capacité des parties à s'ajuster aux imprévus et à rédiger des contrats leur permettant de le faire (III). Dans un deuxième temps, nous aborderons un autre cadre d'analyse : celui des contrats « relationnels » qui lient des parties engagées dans une relation complexe de long terme qui tient plus de la coopération et de la production jointe que de la simple transaction commerciale (IV). Nous évoquerons alors successivement deux approches de tels contrats. Une approche qui s'exprime principalement en termes d'investissement dans la relation. Une seconde qui met plus l'accent sur la gouvernance d'un processus de coopération. On soulignera alors qu'il existe un certain nombre d'arguments en faveur de l'exécution forcée (IV.A). Cependant, plus la situation est « relationnelle », moins le juge « répressif » est en mesure d'avoir une action efficace, confiance et attitude coopérative ne pouvant être initiées par des tiers, ni résulter du conflit (IV.B). Dans les pages qui vont suivre, nous allons d'abord revenir sur l'analyse proposée par les économistes de l'inexécution efficace (*Efficient Breach*) afin de souligner comment se pose le dilemme rigidité-flexibilité (II).

## II. L'inexécution efficace : le principe

Pour aborder cette question, nous nous inspirons fortement de l'analyse qu'en propose Ejan Maackay (2005) à travers l'exemple de la surréservation aérienne. Imaginons une compagnie aérienne qui opère chaque jour 100 vols de 100

(2) On évoluera d'analyses normatives fondées sur des démarches hypothético-déductives fournissant des conclusions claires, au prix d'hypothèses fortes, vers des démarches plus inductives, fondées sur l'observation des faits et débouchant sur des approches plus « réalistes » mais au prix d'une certaine ambiguïté des conclusions qui demeurent plus intuitives. On recommandera au juriste de ne pas se formaliser de ces limites liées à la méthode économique et de retenir l'esprit et les arguments mis en exergue par les modèles présentés.

places à 500 € le siège ce qui représente un chiffre d'affaires potentiel de 5.000.000 €. Cette compagnie est cependant confrontée à une moyenne de 10 % de *no-show* qui, si elle se traduisait en autant de sièges inoccupés, ne lui permettrait de ne réaliser qu'un chiffre d'affaires journalier de 4.500.000 €, alors même que ses coûts sont *grosso modo* liés au nom-

bre de vols et non au nombre de passagers transportés. La compagnie a donc intérêt à améliorer son taux de remplissage en pratiquant de la surréservation et en vendant donc systématiquement 10 % de sièges en plus sur chaque vol. Pour faire le bilan d'une telle pratique, il faut prendre en considération le fait que le *no-show* sur chaque vol n'étant pas identique, il de-

meurera des cas où des sièges resteront vides, et des cas où plus de 100 clients se présenteront à l'embarquement. Il faudra alors dédommager les victimes d'un défaut d'exécution du contrat de transport. Étudions donc le bilan d'une telle opération, dans le cas où le pourcentage de *no-show* par vol se répartirait comme indiqué dans le tableau suivant.

Nombre de vols	Nombre de sièges inoccupés en réservation classique	Sièges inoccupés ou manque en cas de surréservation à 110
5	8	- 2
15	9	- 1
60	10	0
15	11	1
5	12	2

Dans un tel cas de figure, la perte liée aux sièges inoccupés s'élève à 12.500 € pour la compagnie (25 × 500 €) à comparer au demi-million précédent. Grâce à la surréservation, la compagnie réalise donc 487.500 € de recettes supplémentaires ce qui lui donne une marge du même montant pour dédommager les passagers s'étant vu refuser l'embarquement. Imaginons que la compagnie propose à ces 25 passagers un dédommagement de 500 € ainsi qu'une place sur le prochain vol (ce qui dans notre exemple est en réalité un peu difficile car cela suppose que les passagers surréservés puissent se reporter sur les vols où il reste effectivement des sièges vides). Le coût d'une telle mesure est de 12.500 €. Il en résulte un chiffre d'affaires de 4.975.000 € pour la compagnie. Le gain net de la surréservation est de 475.000 € de chiffre d'affaires alors même que l'ensemble des passagers désirant être transportés le sont, et que les 25 clients qui ont eu la malchance de ne pouvoir embarquer dans le

vol de leur choix bénéficient *de facto* d'un vol gratuit.

D'un point de vue économique, le défaut d'exécution permet ainsi d'atteindre une situation largement préférable à celle qui résulte d'une stricte exécution de l'ensemble des contrats de transport (qui interdit *de facto* la surréservation) et ce, aussi bien pour le transporteur que pour les passagers. En dynamique, on peut même imaginer que ce meilleur taux de remplissage des avions permet au transporteur de répartir ses coûts (fixes) d'exploitation sur un plus grand nombre de passagers et donc de faire baisser le prix de ses billets (potentiellement de près de 10 %).

Cet exemple a un double mérite. Tout d'abord il montre bien comment dans certaines circonstances, la non-exécution d'une obligation contractuelle peut être socialement efficace, suggérant ainsi qu'elle ne doit pas nécessairement être sanctionnée. Ensuite, il souligne qu'en ce qui concerne les parties contractantes, tout le problème est celui du régime

d'indemnisation. En effet, la partie qui souhaite ne pas exécuter réalise un « surplus » par rapport à la situation où elle devrait exécuter. Si ce « surplus » est supérieur à la perte enregistrée par la victime de la rupture alors il y a accord possible. Les deux contractants sont alors gagnants et une meilleure utilisation des ressources est réalisée au plan collectif. La « compensation » due à la victime en cas de non-exécution peut varier entre le montant du préjudice qu'elle subit et le gain total dont bénéficie l'initiateur de la non-exécution. Il faut naturellement que ce gain soit supérieur au préjudice, mais dans ce cas, la « victime » de la non-exécution peut se retrouver dans une situation préférable à celle dans laquelle elle aurait été s'il y avait eu exécution suivant les termes envisagés contractuellement, puisque le bénéficiaire est en mesure de verser à la victime une compensation supérieure au préjudice qu'elle subit.

On parle donc de rupture efficace, lorsque les gains col-

lectifs à la non-exécution sont supérieurs aux dommages engendrés. Lorsqu'on est dans une telle situation, la partie qui désire ne pas exécuter est en mesure de négocier la non-exécution avec l'autre, puisque les gains qu'elle réalise lui permettent de dédommager la victime. L'acceptation et l'acceptabilité de la non-exécution vont donc dépendre du régime de compensation de la « victime » et l'analyse économique de la sanction en matière contractuelle va s'appuyer sur l'analyse des propriétés de différents régimes de compensation car il peut y avoir plusieurs acceptions de la notion de préjudice.

### III. Inexécution et indemnisation des contrats « transactionnels »

**A**u cas où il s'avérerait impossible ou trop coûteux d'organiser une négociation entre les parties pour s'accorder sur la non-exécution, cette dernière devient unilatérale et la victime va donc poursuivre devant les tribunaux la partie fautive. Quel doit être l'attitude du juge ? D'après la théorie économique, c'est essentiellement une question de régime d'indemnisation qu'on doit juger moins en fonction de critères de justice que de critères d'efficacité en prenant en considération la manière dont le niveau de dédommagement exigé du « fautif » influence son comportement.

D'un côté si le juge fixe des dommages et intérêts très favorables à la victime, il oblige la partie défaillante à tenir compte du « coût social » de sa défection, et à ne pas exécuter ses obligations qu'au cas où les gains en efficacité collective sont très élevés. De l'autre, si le niveau des dommages est moins favorable à

la victime, il permet au défendeur d'exploiter chacune des « nouvelles opportunités ». Dans les deux cas, des gains en efficacité sont réalisés, mais les propriétés des différents régimes d'indemnisation sont contradictoires. Le premier est soucieux de la protection des investissements. Le second encourage la flexibilité. Il faut donc réaliser des arbitrages. Fondamentalement, il va dépendre des caractéristiques de la transaction et de l'environnement dans laquelle elle se déroule.

#### A. Propriétés des différents régimes d'indemnisation

Un second exemple va nous permettre de passer en revue les propriétés de régimes alternatifs d'indemnisation (Edlin [1998]). Un client passe au temps T0 une commande à un artisan d'un bureau pour un montant de 1.000 €. Quelques temps après (T1), alors que l'artisan a déjà dépensé l'équivalent de 350 € pour réaliser le bureau commandé, l'acheteur découvre un bureau qui lui convient à un prix attractif auprès d'un commerçant. Sa décision d'acheter le bureau et de rompre unilatéralement le contrat qui le lie à l'artisan va dépendre de l'indemnisation qu'il lui devra. Trois sanctions à l'inexécution sont possibles.

- L'indemnisation la moins forte consiste à faire en sorte que la victime de la rupture se retrouve dans la situation initiale, comme s'il n'y avait pas eu de contrat. Seul le dommage qu'elle subit est pris en considération. Le *Reliance Damage* correspondant s'élève donc à 350 €.

- La notion de dommages et intérêts (*Expectation Damage*) consiste à faire en sorte que la victime réalise le bénéfice qu'elle aurait réalisé si la

vente avait eu lieu. Si le coût de revient de l'artisan (supposons 600 €) est connu alors son bénéfice attendu est de 400 €. L'indemnisation nécessaire est donc égale à 750 € (350 + 400).

- L'exécution forcée (*Specific Performance*) revient à forcer à la fois l'acheteur à dépenser les 1.000 € promis et à forcer le vendeur à terminer le bureau, c'est-à-dire dépenser 250 € supplémentaires, pour réaliser son bénéfice de 400 €.

La règle d'indemnisation appliquée par le juge va avoir une influence sur les incitations de l'acheteur à rompre.

- La règle des dommages et intérêts (*Expectation*) le conduit : à ne rompre le contrat que dans la situation où la rupture est efficace, c'est-à-dire quand l'acheteur estime que la différence (V) entre la valeur du bureau neuf et sur-mesure et la valeur de « l'affaire » est inférieure à 250 € (soit la valeur de ce qu'il reste à dépenser pour produire le bureau sur mesure). Dans ce cas, le bureau sur mesure n'est « efficacement » pas produit puisqu'il n'a pas aux yeux de son futur propriétaire une valeur supérieure à son coût de production résiduel. En revanche, lorsque la règle des simples dommages (*Reliance*) est appliquée, l'acheteur est amené à rompre y compris dans des situations inefficaces (soit, lorsque son estimation de la valeur du sur-mesure (V) est située entre 250 € et 650 €). Il rompt en effet tant que la valeur du sur-mesure est inférieure aux 650 € qu'il doit encore à l'artisan pour le bureau neuf, et alors que lui-même estime que cette valeur est supérieure aux seuls 250 € nécessaires à l'achèvement du bureau sur-mesure (auquel il attribue une plus grande va-

leur que le bureau découvre (*ex-post*) (3).

- Quant à l'exécution forcée, elle conduit nécessairement à une situation inefficace au sens où elle empêche l'acheteur de profiter d'une aubaine sans améliorer le bien-être de l'artisan (par rapport à l'application de dommages et intérêts) (4).

À première vue, donc, le principe du dédommagement au niveau des profits anticipés (*Expectation Damage*) semble préférable aux autres. Ce point doit cependant être relativisé car cette formule ne va pas sans poser des problèmes d'incitations et de mise en œuvre.

- Sur le plan des incitations, la formule confère un pouvoir de négociation très fort à la victime de la rupture. Il peut la conduire à ne pas rechercher une solution plus efficace. Dans notre exemple, tout se passe comme si les 350 € dépensés par le commerçant étaient « perdus ». Or s'ils sont redéployables, c'est-à-dire si l'artisan peut utiliser ce qu'il a déjà fait pour produire pour un autre client, alors il serait socialement préférable de parvenir à une solution qui l'incite à le faire. Par ailleurs cela devrait diminuer les dommages dus, abaissant le seuil de rupture efficace. La règle de l'*Expectation Damage* n'incite pas l'artisan à accepter un compromis. Elle augmente « artificiellement » le niveau de rupture efficace, ce qui empêche les parties de profiter effectivement des opportunités qui se présentent pour dénouer le plus efficacement possible le problème né de la découverte d'une nouvelle opportunité par l'acheteur.

- Sur le plan de la mise en œuvre, se pose le problème de l'évaluation des « intérêts », c'est-à-dire du profit

anticipé par la victime de la rupture. Un tiers n'est pas nécessairement en mesure de déterminer facilement les coûts effectifs qui auraient été ceux de l'artisan s'il avait terminé sa prestation. *Ex-post*, ce dernier peut en fournir une évaluation minimisée afin de maximiser son indemnisation. Tout pourrait être résolu, si l'artisan acceptait de révéler ses coûts à l'avance, mais il a de fortes incitations à ne pas le faire car cela diminue son pouvoir de négociation vis-à-vis de l'acheteur (5).

Ce dernier point explique les raisons pour lesquelles, dans la pratique, un principe d'indemnisation des seuls dommages puisse le cas échéant être préféré, y compris par la partie qui bénéficierait *ex-post* d'une indemnisation en fonction des profits espérés. Dans le cas du transport, la règle d'indemnisation des seuls dommages (*Reliance Damage*) conduit le chargeur à ne pas révéler la valeur de sa cargaison au transporteur. En revanche, le principe d'*Expectation Damage* conduira le transporteur à exiger la transparence sur la valeur des cargaisons de manière à prendre les précautions nécessaires concernant les cargaisons les plus précieuses. Pour le chargeur, une telle transparence a un défaut majeur car elle le conduit à révéler au transporteur sa propension à payer. Cela permet à ce dernier de pratiquer une discrimination par les prix (principes consistant à faire payer au client le prix maximum qu'il est prêt à payer pour une prestation, même si cette dernière est identique à la prestation offerte à une autre partie à un prix inférieur).

Cette dernière observation conduit à souligner qu'il y a au cœur du principe même de sanction d'un défaut

d'exécution un dilemme, car tant l'exécution que l'inexécution d'un engagement passé répondent à un principe d'efficacité. Il n'y a pas de sanction optimale en toute généralité. Tout dépend des circonstances et de l'efficacité qu'on veut favoriser. L'analyse économique souligne les termes du dilemme et met à jour les variables qui l'influencent, mais ne fournit pas une règle de décision systématiquement optimale. Son intérêt consiste aussi à montrer que l'efficacité ne doit pas se juger en fonction du seul effet produit *a posteriori* sur la seule paire d'agents concernés. L'efficacité se juge avant tout du point de vue de la manière dont les agents se comportent *a priori*, quand ils s'engagent mutuellement, connaissant les sanctions qui seront appliquées en cas de défaillance.

Partant de ce principe, comment inciter les parties à se comporter efficacement en matière de rupture, sachant qu'on vient de souligner que les règles générales font pencher la balance de manière excessive au profit d'une des parties ou de l'autre, n'incitant pas celle qui est surprotégée à permettre un ajustement optimal aux conditions économiques imprévues.

## B. Inciter les parties à prévoir l'inexécution

Un nouvel exemple va nous mettre sur la voie d'une réponse plus satisfaisante à ce dilemme efficacité-flexibilité (Posner [2003]). L'intuition centrale est que les principes d'indemnisation adoptés par les juges, notamment lorsqu'il s'agit de transactions entre professionnels (6), doit inciter les parties à anticiper qu'une défaillance de l'une d'elles est toujours possible *ex-post*. Elles doivent définir en conséquence le principe

(3) On notera cependant que les deux régimes peuvent être équivalents dans leurs conséquences si certaines conditions particulières sont réunies. Si l'acheteur valorise très faiblement la sur-mesure (c'est-à-dire si son *V* est inférieur à 250 €) alors il se situera, quel que soit le régime d'indemnisation dans la zone de rupture efficace). Si le marché est très concurrentiel, alors la marge attendue de l'artisan est faible et tend vers 0. Les deux régimes sont alors strictement équivalents.

(4) On peut donner un autre exemple. Supposons un locataire bénéficiant d'un bail de douze mois. Alors que le propriétaire est non-joignable, une opportunité (bail plus long, meilleure prestation, etc.) se présente pour le locataire au bout de quatre mois. Si une règle d'exécution forcée est appliquée, alors le locataire ne peut déménager car il sera de toute façon obligé de payer les huit mois de loyers restants. Si, en revanche, une règle d'*Expectation Damage* est en vigueur, alors le locataire peut envisager de déménager car il sait qu'il pourra ne payer au propriétaire que les loyers correspondant aux mois d'occupation de l'appartement. La seconde règle permet de bénéficier des bienfaits de la flexibilité sans nuire aux intérêts de l'autre partie.

(5) On peut ajouter que si l'acheteur ne connaît pas les coûts (ou les profits) anticipés au moment où il prend sa décision, il doit décider la non-exécution en situation d'incertitude sur les dommages qu'il devra verser. Il a donc peu de chances de ne décider de rompre son engagement qu'en cas de non-exécution efficace ; ce qui diminue l'intérêt de l'application d'une règle d'*Expectation Damage*.

(6) Il paraît utile, en effet, de distinguer les transactions entre professionnels pour lesquels les enjeux ont directement à voir avec l'efficacité économique et qui correspondent à des situations où les parties ont les moyens d'investir dans la gestion de leurs relations contractuelles, des contrats entre professionnels et particuliers, où l'on doit tenir compte des asymétries cognitives, ainsi que des transactions entre particuliers qui ont, toutes choses égales par ailleurs, moins de moyens que les professionnels d'investir massivement dans la gestion de leurs relations contractuelles.

d'indemnisation à appliquer le plus efficace, compte tenu des spécificités de leur relation.

Imaginons une situation où deux opérateurs prévoient une transaction sur des poulets, sans préciser plus avant dans le contrat le niveau de qualité, alors même qu'il existe trois niveaux de qualité différents. Disons, pour faire image, le poulet « premier prix », le poulet « label rouge » et le poulet qui en plus du label de qualité est de qualité très supérieure, par exemple « AOC Bresse » (7). Dans un cas comme celui-là, le vendeur a toutes les incitations pour ne fournir que du poulet premier prix, alors que l'acheteur a négocié en s'attendant à recevoir du poulet AOC. Si du poulet « premier prix » est effectivement livré et qu'un accord à l'amiable entre les parties est hors d'atteinte, une plainte pour défaut d'exécution va être déposée auprès des tribunaux. L'indemnisation potentielle de l'acheteur pose non seulement la question de la règle de dommage, mais aussi celle de l'interprétation des termes du contrat qui servent de référence à la fois au constat d'(in)exécution et au calcul des dommages. Le juge a le choix entre trois options :

- Il peut retenir l'interprétation usuelle (*Majoritarian Rule*) qui correspond à la pratique dominante (par exemple dans notre cas le « Label Rouge ». Cette règle de « bon sens » n'est cependant ni nécessairement juste, ni forcément efficace car la pratique dominante peut très bien être très éloignée de la pratique usuelle de chacune des deux parties (ce qui peut être le cas si notre éleveur est un fournisseur traditionnel de la restauration collective et au contraire son client un restaurateur).

- Il peut retenir une règle de punition pour défaut (*Penalty Default*), c'est-à-dire une interprétation que la plupart des parties ne choisiraient pas, et qui correspond à la situation la plus défavorable : dans notre cas le poulet de premier prix, estimant que les parties auraient dû préciser contractuellement tout niveau de qualité supérieur (8).

- Enfin, il peut s'en tenir à l'interprétation littérale du contrat en ne prenant en considération que ce qui est écrit, ce qui dans le cas présent le conduirait à ne pas considérer qu'il y a défaut d'exécution si le nombre de poulets livrés est effectivement le bon.

Le choix de l'interprétation usuelle comparé à la punition pour défaut a pour effet, à l'instar d'une règle de responsabilité illimitée plutôt que minimale, de faire supporter au fournisseur (et inversement à l'autre partie) le coût de l'ambiguïté contractuelle. Il n'est pas possible de dire en toute généralité ce qui est optimal car de nombreux facteurs doivent être pris en considération pour déterminer ce qui sera le plus efficace au plan collectif (distribution des préférences dans la population, pouvoir de marché respectif des parties, capacité du vendeur à influencer sur le niveau de qualité, etc.). Il est en revanche aisé de comprendre que toute règle d'interprétation générale pourra s'avérer injuste et inefficace dans de nombreux cas spécifiques. Cela plaide alors pour l'adoption d'une règle d'interprétation au cas par cas. Finalement, le juge devrait déterminer, dans chaque cas litigieux, s'il est juste et efficace de considérer que les parties avaient en réalité décidé d'échanger du poulet de qualité basse, moyenne ou supérieure. L'inconvénient

d'une telle position est qu'elle n'offre aux parties aucune sécurité juridique. Dans l'incertitude sur la règle d'interprétation qui sera retenue en cas de conflit, elles éprouvent des difficultés, à évaluer les risques auxquels elles s'exposent lorsqu'elles contractent, ce qui les empêche de déterminer si les transactions dans lesquelles elles s'engagent sont bénéfiques. Il peut en résulter des volumes d'échanges inférieurs à ce qu'ils seraient dans un environnement juridique plus certain. Par ailleurs, cette solution va être génératrice de conflits, les parties étant incitées à « tenter leur chance » auprès des tribunaux puisqu'il existe une probabilité qu'on leur donne raison (ce qui n'est pas le cas lorsque la règle est donnée, la sentence étant connue à l'avance). Ainsi, est-on confronté à un nouveau dilemme entre règle générale, nécessairement inadaptée à certaines situations, et interprétation au cas par cas des termes du contrat, génératrice de conflits et de dépenses afférentes. Ce qui est préférable dépend *in fine* de la comparaison des coûts résultants de l'inadaptation de la règle générale retenue avec les coûts des conflits et de leur résolution.

L'application d'un principe d'interprétation littérale permet cependant de sortir de ce dilemme. En effet, les risques qu'il fait courir aux parties les conduisent à anticiper que des problèmes d'interprétation se poseront *ex post*, et donc à investir *ex ante* dans la conception du contrat de manière à réduire tant l'incertitude que la conflictualité. Sur le plan collectif, cette solution est en tous points préférable. Supportant (internalisant) les vrais coûts de coordination, les parties ne peuvent plus obliger la collectivité à sup-

(7) Cet exemple, volontairement simplificateur, est destiné à souligner les problèmes liés à l'incomplétude (ou l'ambiguïté) contractuelle qui oblige toujours à « interpréter » le contrat. Même si la qualité était définie plus finement dans un contrat réel, il n'en demeurerait pas moins des marges de manœuvre qui nécessiteraient un effort d'interprétation. Par exemple, si le contrat précisait qu'il s'agit de poulet « label rouge », il resterait des incertitudes sur l'âge ou le poids des poulets, la date d'abattage, le mode de conditionnement, etc. Et ainsi de suite.

(8) Notons que cette règle est néanmoins différente de la suivante car, si les poulets ne sont pas livrés, alors le juge peut considérer que le vendeur fautif était de plus tenu de livrer du poulet AOC.

porter les conséquences de leurs erreurs ou de leur imprévision. Elles sont de plus mécaniquement amenées à réaliser le niveau optimal d'échange et à minimiser les conflits, notamment en concevant une règle d'indemnisation « sur-mesure » à appliquer en cas de défaillance.

Pour conclure, puisqu'il n'existe pas de principe « optimal » pour sanctionner la non-exécution des contrats transactionnels — le régime d'indemnisation le plus efficace dépendant fondamentalement des spécificités économiques de chaque transaction —, le concepteur de la politique judiciaire se trouve devant un dilemme. D'un côté, l'application d'une règle d'indemnisation d'application générale induit des inefficacités transactionnelles qui vont dissuader les opérateurs économiques de se lancer dans les transactions inadaptées à la règle en vigueur, ce qui prive la société d'un certain nombre d'opportunités. De l'autre l'application de règles contingentes engendre une forte conflictualité *ex-post* qui est coûteuse en soi pour la collectivité, mais qui dissuade en plus les agents économiques d'entreprendre les transactions les plus risquées, le risque transactionnel moyen augmentant du fait de l'incertitude juridique résultant de ce principe. Dans ce contexte, des incitations fortes devraient être données aux parties pour qu'elles rédigent des contrats *ad hoc* « efficaces » ; c'est-à-dire stipulant le niveau de sanction adéquat dans divers cas de figure. De tels contrats limitent en effet la conflictualité et son coût, fournissent aux parties une forte sécurité juridique, et permettent de tenir compte des spécificités économiques de chaque transaction.

#### **IV. Le rôle délicat du juge dans les contrats « relationnels »**

La solution « optimale » suggérée dans les lignes qui précèdent — forcer le juge à ne s'en tenir qu'à une interprétation littérale du contrat — n'est adaptée qu'à une gamme particulière de relations contractuelles que l'on a qualifiée plus haut de « transactionnelles » et qui correspondent à l'échange marchand d'un bien ou un service aux caractéristiques bien délimitées et stables. Il existe cependant toute une gamme de situations « relationnelles » — dans lesquelles les parties réalisent moins un échange instantané qu'elles ne sont engagées dans une relation de coopération afin de mener un projet économique commun — dans lesquelles elles ne peuvent passer les contrats « complets » qu'on vient d'appeler de nos vœux.

La théorie économique met en évidence qu'il existe des situations dans lesquelles il est radicalement impossible de prévoir de manière précise les obligations des parties *ex-post*. Plus précisément, elle souligne que les individus concevant des contrats doivent supporter des coûts de décision. Dès lors, ils peuvent décider de réaliser des économies en signant des contrats qui ne prévoient pas les obligations des parties dans toutes les circonstances. Le revers de la médaille est qu'ils doivent alors mettre au point un mécanisme pour décider, au cours de l'exécution du contrat, ce que seront les obligations précises des parties. Ce mécanisme à un coût de même que les délais d'adaptation qu'ils génèrent. Par ailleurs, les parties doivent, le cas échéant, supporter des coûts liés à l'incertitude contrac-

tuelle résultant de l'incomplétude. Cette dernière peut les dissuader d'« investir » dans la relation, d'autant que les marges de manœuvre laissées par l'incomplétude contractuelle peuvent être utilisées de manière opportuniste par l'une des parties pour tirer partie des failles du contrat au détriment du partenaire. Un arbitrage est donc réalisé par les agents entre coûts de conception *ex-ante*, et coûts d'exécution et d'adaptation *ex-post*. Une seconde raison explique l'incomplétude contractuelle. Elle tient au fait que les institutions ne sont pas parfaites et que les agents ne peuvent contracter que sur les éléments observables par l'autorité responsable de l'exécution du contrat en dernier ressort.

Cette seconde raison est celle qui est mise en avant par la théorie des contrats incomplets. La première étant plutôt analysée par la théorie des coûts de transaction. Revenons successivement sur les apports de ces deux approches pour comprendre comment les juges doivent intervenir en matière d'exécution des contrats incomplets.

##### **A. Le rôle des clauses de défaut en cas d'incomplétude contractuelle**

À nouveau, un exemple semble utile pour faire comprendre l'idée centrale développée par les économistes. Ils considèrent que dans les relations de long terme, le rôle du contrat est avant tout d'offrir des garanties incitant les parties à « investir » de manière optimale dans une relation.

Prenons l'exemple d'un contrat de fourniture spécifique entre un industriel et un fournisseur. Les deux parties doivent réaliser des investissements permettant un ajuste-

ment efficace entre eux tant sur le plan commercial que technique. Or ces investissements dans des méthodes, des équipements, des principes organisationnels sont à la fois indispensables et difficilement observables par un tiers (vérifiables) car ils sont à la fois complexes et diffus. Dès lors, ils sont non-contractualisables car il ne servirait à rien de les indiquer comme des obligations contractuelles puisqu'une autorité judiciaire pourrait difficilement déterminer s'ils ont été effectivement réalisés de manière correcte et adéquate. Dans ce type de situation, où les contrats sont incomplets au sens où ils ne peuvent spécifier certaines des obligations pourtant essentielles au succès de la relation, les parties doivent imaginer un moyen détourné pour s'inciter mutuellement à investir. Le problème supplémentaire est que ces investissements engagent réciproquement les parties pour une certaine durée. Cet horizon temporel long et les incertitudes auxquelles elles sont confrontées les empêchent de déterminer avec précision ce que sera le niveau efficace de leurs échanges dans le futur. C'est par exemple la situation dans laquelle se trouvent un constructeur automobile et un fournisseur lorsque le premier lance un nouveau modèle. Le niveau futur de commande va dépendre de la conjoncture, du succès du modèle, des réactions de la concurrence, d'éventuels aléas propres à l'industrialisation et à la commercialisation. La réalisation des investissements ne peut donc être garantis par des volumes de commandes fermes.

La théorie des contrats incomplets recommande alors de jouer sur la combinaison d'une « option de défaut » et

de l'attribution de « droits de renégociation » (Brousseau et Fares [2003]). L'option de défaut consiste à garantir à l'une des parties, disons le vendeur, un niveau minimal d'échange ; c'est-à-dire une quantité à livrer et un prix unitaires et minimaux. En pratique, cette option de défaut correspond à la production moyenne attendue. Elle est destinée à inciter le vendeur à réaliser les investissements nécessaires pour faire face à cette situation espérée. Il se peut toutefois que le niveau d'échange optimal *ex-post* soit supérieur ou inférieur à ce niveau d'échange spécifié dans l'option de défaut. Si la conjoncture est difficile et que le modèle n'a pas de succès, le constructeur a en effet intérêt à réviser à la baisse son plan de production et les besoins sont inférieurs au niveau spécifié par l'option de défaut. Il se produit l'inverse si la conjoncture est favorable. Notons que ces besoins de révision peuvent à la fois concerner les prix et les quantités, et qu'à la hausse comme à la baisse, ils sont dans l'intérêt des parties, puisque réviser leurs engagements leur permet de réallouer leurs actifs vers les opérations les plus profitables. Il faut donc concevoir un mécanisme de renégociation permettant de déterminer les termes de l'échange les plus adaptés à la situation à laquelle les parties sont effectivement confrontées et qu'elles découvrent au cours de l'exécution du contrat (qu'il s'agisse de la conjoncture, des conditions spécifiques auxquelles elles font face, du niveau effectif des investissements réalisés par chacune d'elles, etc.). La théorie recommande de construire un mécanisme de négociation où tous les droits de décision sont confiés à la partie qui n'est pas protégée par l'op-

tion de défaut ; dans notre exemple, l'acheteur. Un tel mécanisme permet, en effet, de donner aux deux parties les incitations « optimales » à investir. La partie protégée par l'option de défaut (le vendeur) se voit incité à investir de manière à être en mesure de faire face dans les meilleures conditions à la moyenne des situations attendues. La partie disposant des droits de renégociation (l'acheteur) est en mesure de déterminer en fonction de ses intérêts le niveau optimal d'échange. Il a donc intérêt, lui aussi à investir de manière « optimale » de façon à réaliser le plus grand profit possible.

Ce type de contrat correspond, concrètement, à une commande avec niveau minimal d'échange mais possibilité pour le client d'augmenter les volumes et le prix d'achat *ex-post* de manière à s'adapter au mieux. Par rapport à l'option de défaut, seuls des ajustements à la hausse sont néanmoins possibles. Or, si l'environnement économique est défavorable, les parties peuvent avoir intérêt à définir un volume et un prix d'échange inférieurs à ce qui est stipulé par l'option de défaut. Quelle doit être l'attitude du juge face à une telle attitude, rappelons-le mutuellement acceptée par les parties qui ont intérêt à s'ajuster de manière optimale ? À nouveau on se trouve face à un dilemme, car l'ajustement à la baisse mutuellement acceptée correspond, par définition, à une rupture efficace. Cela étant, il a un inconvénient majeur : il fait perdre toute crédibilité à l'engagement contractuel. Si au moment de la signature du contrat les deux parties savent qu'elles ne pourront pas s'empêcher de renégocier *ex-post*, alors celle qui est sensée être protégée par

l'option de défaut sait qu'il n'en est rien. Elle va donc sous-investir par rapport à ce qui serait optimal, au détriment de l'efficacité collective. Les ajustements à la hausse n'ont, en revanche, aucun effet négatif sur les incitations à investir et permettent, au contraire, un ajustement optimal.

Ces éléments plaident pour que les parties se lient effectivement les mains à partir de leur engagement initial pour ne pas le revoir à la baisse. S'il est amené à statuer, le juge doit forcer l'exécution s'il constate un arrangement (officiel ou officieux ; v. note 9) à la baisse. L'exécution forcée s'avère donc préférable dans ce cas à toute forme de dédommagement, car elle garantit les incitations à investir.

Il n'en demeure pas moins un problème en cas de signature d'un tel contrat incomplet. Si les deux parties sont d'accord pour ne pas respecter l'option de défaut, alors rien ne va conduire à saisir un juge qui pourrait forcer l'exécution. Un tel contrat n'est donc crédible que si les parties le déposent auprès d'un tiers chargé d'alerter la justice — ou de se constituer lui-même en mécanisme d'exécution en dernier recours des accords. Le juge doit alors forcer l'exécution, même si les parties s'accordent *ex-post* sur la renégociation de la clause de défaut.

Au total, donc, dans le cadre d'un contrat relationnel destiné à assurer la gestion d'un processus de coproduction, la tâche du juge apparaît délicate. Il doit être le garant en dernier ressort des engagements de manière à assurer leur crédibilité et donc leurs effets incitatifs. Il doit par conséquent forcer l'exécution, même lorsque cette dernière n'est réclamée par aucune des parties mais seu-

lement dans les cas où les parties cherchent à s'entendre pour réaliser un niveau d'échange inférieur à l'option de défaut. On demande donc au juge un travail délicat d'expertise tant pour se saisir des cas problématiques que pour s'assurer que les parties respectent bien la clause de défaut (9). Nous allons voir que sa tâche est encore plus délicate lorsque les parties sont engagées dans un processus de coopération.

### **B. Sanctionner la coopération est-il efficace ?**

Comme nous l'avons souligné dans des articles antérieurs (Brousseau [1998, 2000]), les économistes se sont également intéressés au rôle des contrats dans le cadre de relations coopératives entre entreprises. Par ce terme, on désigne des relations où deux entreprises engagent une activité entrepreneuriale conjointe, comprenant des aspects risqués et/ou innovants comme la conquête de nouveaux marchés ou le développement de nouveaux produits ou services. Dans ces cas d'incertitudes très forte, les parties ne peuvent pas stipuler contractuellement de quelconques options de défaut car, au moment de la signature du contrat initial, la plupart des données du problème sont inconnues : les parties ignorent ce qu'elles vont effectivement apporter dans l'aventure commune, l'objet précis de cette dernière, sa dimension et sa temporalité. Les études disponibles sur ces cas de figures, correspondant aux accords de coopération et alliances stratégiques, soulignent que dans ces conditions, le contrat formel est de peu d'utilité dans la coordination. Cette dernière repose avant tout sur une négociation permanente entre

des parties qui doivent se faire confiance.

Pour autant, les contrats ne sont pas absents de ces processus. Ils jouent même un rôle moteur dans la construction de la confiance. Au fur et à mesure que la coopération se développe, on s'aperçoit que le contrat initial, très vague, est précisé au cours de renégociations permanentes. À mesure que les parties précisent leur projet commun, leurs capacités réciproques à le mener à bien, les moyens dont elles disposent et qu'elles engagent, elles construisent progressivement de volumineux contrats de plus en plus précis sur leurs obligations réciproques (et les éventuelles sanctions associées). En même temps pour maintenir la flexibilité nécessaire au succès d'une opération comprenant de nombreux aspects innovants et marqué par des imprévus, il est fondamental que les parties se laissent réciproquement des marges de manœuvre. Pour faire image, elles doivent enfermer le contrat dans un coffre. Il n'est qu'un dispositif de recours en cas de grave crise (de confiance) entre les parties. Il n'est pas élaboré pour être utilisé, mais parce que chacune des parties a besoin d'envoyer à l'autre des signaux de sa bonne volonté et attend en retour un comportement identique de l'autre partie. Les engagements contractuels ne sont en réalité que les signaux destinés à démontrer sa volonté de coopérer et donc à initier une spirale vertueuse de la coopération.

Dans un tel contexte, le contrat n'est pas destiné à piloter le comportement des agents, mais à favoriser l'émergence et le renforcement de la confiance en s'assurant qu'elle ne pourra pas être trahie sans coût pour le fautif. Les engagements

(9) Ils peuvent en effet formellement feindre de la respecter, par exemple au niveau de la livraison et de la facturation, alors que sur le plan informel des ristournes et retours peuvent dans les faits aboutir à un niveau d'échange inférieur à l'obligation contractuelle.

contractuels ne sont en quelque sorte que purement formels : je donne à l'autre partie les moyens contractuels d'exercer des représailles à mon égard que pour lui prouver qu'elle n'aura pas à s'en servir. Quel peut être alors la modalité d'intervention d'un tiers, en cas de défaillance apparente ? Le non-respect d'engagements contractuels peut résulter d'une volonté manifeste de nuire aux intérêts de l'autre partie — car la coopération n'a plus d'intérêt pour la partie violant ses obligations —, comme elle peut être inhérente aux aléas de la gestion d'une opération nouvelle et risquée — la partie qui en est responsable n'a pas pu, malgré elle, respecter l'engagement où l'a délibérément violé, cherchant à faire face, dans l'intérêt mutuel, à une situation inattendue ou voulant profiter d'une opportunité. Dans un tel cas de figure, l'intervention d'un tiers doit tendre à évaluer si la coopération reste mutuellement bénéfique et si la réponse est positive à mettre en place un processus destiné à restaurer cette dernière. S'engager dans un processus de sanction du non-respect des obligations contractuelles pourrait dans cette perspective s'avérer tout à fait contre-productif. Il convient alors d'analyser les causes de la non-exécution pour les objectiver, les faire partager aux deux parties tout en aménageant une éventuelle compensation (non punitive) si les intérêts de l'une des parties ont manifestement été affectés par le comportement de l'autre. S'il apparaît, au contraire, que les parties ne pourront rétablir la confiance, parce qu'avec le temps et compte tenu de la trajectoire de leur relation la coopération n'est plus mutuellement bénéfique, il est au contraire vain de chercher à rétablir la

confiance. Le tiers doit alors favoriser une séparation mutuellement efficace. Dans ce cas, il convient, notamment, d'éviter qu'une spirale du contentieux et de représailles judiciaire conduisent les parties à s'engager dans un conflit lourd, coûteux et destructeur d'un certain nombre de ressources accumulées conjointement.

Le rôle du juge est alors plus celui d'un conseiller que d'un répressur de comportements déviants. Le contrat n'a pas été fait pour organiser des réparations et des compensations impossibles, il a été la manifestation et le point d'appui d'un processus de construction conjointe d'une relation en vue de mener à bien une coopération, il ne sert à rien, sur le plan de l'efficacité économique, de le prendre pour ce qu'il n'est pas et de punir les manquements aux obligations qu'il stipule. Il reste néanmoins à déterminer si les manquements aux obligations contractuelles sont « fautifs », au sens où ils seraient « non coopératifs ». Une telle attitude doit en effet être sanctionnée, en s'appuyant sur les outils dont les parties se sont dotés à cet effet, sous peine de ne plus permettre aux parties de disposer de moyens de signaler leur volonté de coopération. Toute la difficulté pour le juge est alors de cerner les intentions qui ont présidé aux actions observables.

## **V. En guise de conclusion**

**A**insi, plus qu'elle ne propose des solutions, l'analyse économique conduit surtout à souligner les dilemmes auxquels juges et législateurs sont confrontés en matière de sanction à l'inexécution des contrats. Le principe de la rupture efficace tend à souligner que l'on devrait — surtout dans les rela-

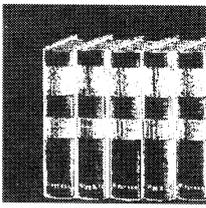
tions entre opérateurs économiques — favoriser des principes d'indemnisation permettant aux parties de s'adapter aux aléas, de la vie économique. Cela étant, les règles d'indemnisation garantissant que la non-exécution n'est effectivement réalisée que lorsqu'elle est efficace sont fortement dépendantes des spécificités des transactions et de leur environnement. Cela devrait conduire à une sanction « optimale » contingente aux caractéristiques des différentes transactions. On anticipe aisément les difficultés pratiques de mise en œuvre. Outre la complexité des règles que cela induirait, cela reviendrait à multiplier les conflits et à créer de l'incertitude juridique, car les parties entreraient alors en conflit sur la qualification des transactions, entraînant de redoutables problèmes d'interprétations pour les juges.

*In fine*, l'économiste est conduit à souligner que deux leçons de portée générale se dégagent de ses travaux. Premièrement, la meilleure réaction possible à cette complexité et aux risques inhérents à vouloir la maîtriser avec des règles générales, est d'inciter les parties à prévoir elles-mêmes les règles d'indemnisation efficaces en cas de non-exécution, compte tenu des spécificités de leur situation. Deuxièmement, force est de constater que plus le contrat est « relationnel », moins le conflit peut efficacement être résolu par un juge. Les problèmes d'interprétations des intentions des parties deviennent formidablement complexes et la sanction ne peut de toute les manières par véritablement recréer les conditions d'une coopération efficace qui exige la confiance mutuelle. Le juge doit néanmoins rester garant en dernier ressort de

la crédibilité des garanties contractuelles que les parties tentent de construire pour initier ce sentiment vital à la dynamique économique. D'où la difficulté de sa tâche. Là encore, cela va dans le sens de l'application d'un principe de responsabilisation des parties. La sanction doit avant tout être conçue en fonction des signaux envoyés aux autres contractants. Plus le juge est constant, et plus il prend au sérieux l'engagement contractuel tel qu'il est écrit, plus il incite les parties à rédiger des contrats dénués de failles, et *in fine* efficaces car anticipant les conflits et les solutions à leur apporter. Il n'en reste pas moins vrai que, par définition, un contrat relationnel reste fondamentalement incomplet et sujet à interprétation.

### **Bibliographie**

- E. Brousseau (1993), Les théories des contrats : une revue, *Revue d'économie politique*, vol. 103, n° 1, janvier-février 1993, p. 1-82.
- E. Brousseau (1998), Analyse économique des pratiques liées à l'externalisation, *LPA* 1998, n° 147, p. 22-30.
- E. Brousseau (2000), Confiance ou contrat, confiance et contrat, in F. Aubert et J.-P. Sylvestre (eds.), *Confiance et rationalité*, INRA Édition, Les colloques, n° 97, 2000, p. 65-80.
- Brousseau E. (2001), Did the Common Law Biased the Economics of Contract... and May it Change ?, in B. Deffains et T. Kirat (sld), *Law and Economics in Civil Law Countries, The Economics of Legal Relationship*, vol 6., N. Mercurio (ed.), JAI Press, Elsevier Science B.V., p. 79-105.
- E. Brousseau et M. Fares (2000), The Incomplete Contract Theory and the New Institutional Economics Approaches to Contracts : Substitutes or Complements ?, in C. Ménard, (ed.) *Institutions, Contracts, Organizations, Perspectives from New-Institutional Economics*, Edward Elgar Pub., p. 399-421.
- E. Brousseau et M. Fares (2002), Règle de droit et exécution des contrats : réflexion d'économistes sur le droit comparé des contrats, en collaboration avec M. Fares, *Revue d'économie politique*, n° spécial L'économie du droit, sld B. Deffains, 112, 6, novembre-décembre 2002, p. 823-844.
- E. Brousseau et J.-M. Glachant (2000), Économie des contrats : bilan et perspectives, numéro spécial, *Revue d'économie industrielle*, n° 92, avril.
- E. Brousseau et J.-M. Glachant (eds.) (2002), *The Economics of Contracts : Theories and Applications*, Cambridge : Cambridge University Press.
- B. Deffains (ed), (2002), L'économie du droit, n° spécial, *Revue d'économie politique*, 112, 6, novembre-décembre 2002.
- B. Deffains et T. Kirat (eds) (2001), *Law and Economics in Civil Law Countries, The Economics of Legal Relationship*, vol 6., N. Mercurio (ed.), JAI Press, Elsevier Science B.V.
- A.S. Edlin (1998), Breach Remedies, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* ; London, Macmillan, vol. 1, p. 174-179.
- A.S. Edlin et S. Reichelstein (1996), Holdups, Standard Breach Remedies, and Optimal Investment, *American Economic Review*, June, v. 86, iss. 3, p. 478-501.
- A.N. Hatzis (2000), The Anti-Theoretic Nature of Civil Law Contract Scholarship and the Need for an Economic Theory, Mimeo, Chicago Law School & University of Thessalonica
- E. Mackaay (2005), Analyse économique du droit. II. Institutions juridiques, Thémis, Montréal et Bruylant, Bruxelles (à paraître).
- I. Macneil (1974), The many futures of contracts, *Southern California Law Review*, vol. 47, mai, p. 691-816.
- J. Noll (2004), Some Findings on Contractual Penalties, Mimeo, University of Vienna, Department of Business Studies, February.
- E.A. Posner (2002), Economic Analysis of Contract Law after Three Decades : Success or Failure ?, The Law School, The University Of Chicago, John M. Olin Law et Economics Working Paper n° 146, mai.
- R. Posner (2003), *Economic Analysis of Law*, 6th Edition, Aspen Law and Business Publishers.
- S. Shavell (1995), The Design of Contracts and Remedies for Breach, *Quarterly Journal of Economics*, February 1984, v. 99, iss. 1, p. 121-48.
- K.E. Spier et M.D. Whinston (1995), On the Efficiency of Privately Stipulated Damages for Breach of Contract : Entry Barriers, Reliance and Renegotiation, *RAND Journal of Economics*, Summer 1995, v. 26, iss. 2, p. 180-202.
- M. Usman (2002), Verifiability and Contract Enforcement : A Model with Judicial Moral Hazard, *Journal of Law, Economics, and Organization*, April 2002, v. 18, iss. 1, p. 67-94.



## QUE RÉPONDRE À ÉRIC BROUSSEAU ? (JE N'AI PRESQUE RIEN À DIRE À UN ÉCONOMISTE)

**CHRISTOPHE JAMIN**

Professeur des Universités à Sciences Po  
Membre de la Chaire Régulation

**A**u moment de prendre la parole pour répondre aux propos de mon ami et collègue Éric Brousseau, je vous avoue ressentir une certaine gêne. Je ne veux nullement signifier par là que je suis en désaccord avec le contenu de son exposé et qu'il me serait, par exemple, difficile d'en critiquer les termes en raison de notre amitié ou d'une éventuelle incompétence de ma part en matière économique. En parlant de gêne, je veux plutôt dire qu'en ma qualité de professeur de droit, il m'apparaît très difficile d'émettre la moindre appréciation sur cet exposé.

J'en suis d'abord incapable sur le plan prescriptif. Indépendamment du droit positif, le droit permet-il de dégager une sanction adéquate en matière contractuelle ? Voilà le genre d'interrogation qui me plonge dans des abîmes de perplexité ! Quelle réponse puis-je donner à cette question du point de vue du droit ? À mon sens aucune, car le droit ne fournit, sur un plan substantiel, aucune solution qui serait meilleure qu'une autre, ou plus vraie que les autres. Toutes les solutions sont possibles et envisageables, pourvu qu'elles soient valides.

Je reconnais volontiers qu'en adoptant une telle posture je me place délibérément dans une perspective positiviste, qui plus est dans sa version dite normativiste. Je vous renvoie ici à la lecture de Kelsen et à sa conception formelle ou procédurale du droit, qui permet de donner à celui-ci tous les contenus imaginables. Bien plus, leur détermination relève de la politique juridique sur laquelle l'interprète inauthentique que je suis n'a rien à

dire... Pour s'en tenir à un exemple qui touche notre sujet, que les clauses limitatives de responsabilité soient validées ou annulées n'a aucune importance au regard du droit ; il suffit que validation ou annulation procèdent d'un interprète authentique. Du point de vue de la science du droit, ce que je peux tout au plus tenter de repérer, ce sont : 1. les différentes significations possibles du texte qui servira de fondement à la solution, 2. les arguments mobilisés par les juristes pour conférer telle ou telle signification au texte interprété. En revanche, toujours de ce point de vue, je ne suis pas en mesure d'en favoriser une au détriment des autres, si ce n'est en m'appuyant sur des arguments qui relèvent alors, non de la science du droit, mais de la philosophie morale. Ce que, soit dit en passant, les juristes font en permanence, alors même que certains d'entre eux croient s'en tenir à la technique juridique et à sa prétendue neutralité axiologique.

Bref ! En ma qualité de professeur de droit s'exprimant du point de vue de la science du droit, je n'ai rien à dire à mon ami Brousseau. Cette science n'a rien à opposer aux théories économiques, pas plus qu'elle ne peut en approuver les conclusions ; elle se borne à en prendre acte.

Mais attention ! Cela ne signifie pas que les juristes ignorent ces théories : législateur, juge et plaideurs peuvent toujours se les approprier, plus ou moins consciemment, pour faire prévaloir telle interprétation sur telle autre et favoriser une solution de droit substantiel plutôt qu'une autre. C'est au fond la méthode que nous a léguée Gény

et que pratiquent, peu ou prou depuis plus d'un siècle, des générations de civilistes : d'abord la science, qui permet de s'abreuver aux sciences dites auxiliaires, dont l'économie ; ensuite la technique, qui autorise la mise en œuvre de la science, ainsi comprise, en droit positif. Le tout avec deux particularités : 1. cette science n'est presque jamais interrogée par les juristes, elle leur sert plutôt d'argument d'autorité (1) ; 2. la part réservée à la technique est à peu près toujours singulièrement grossie, car c'est sur elle que les juristes estiment être en mesure d'exercer leur activité propre (ce que pensait déjà Gény).

J'entends déjà les critiques sur mon refus du dialogue : s'il n'y a rien à tirer du droit pris dans sa généralité, car celui-ci ne dispose d'aucun contenu spécifique, il n'en va pas de même du droit positif. Si vous n'êtes pas jusnaturaliste, soyez au moins positiviste ! J'entends bien la critique, mais ici je suis tout aussi gêné et pour au moins deux raisons.

D'une part, ce droit positif est toujours en mouvement : à peine appréhendé, il n'est déjà plus le même. Et il change non seulement parce que les lois (au sens matériel) sont fréquemment réformées, mais aussi parce que les interprètes modifient sans cesse la signification des textes qui leur sont soumis. C'est la raison pour laquelle je serais, par exemple, bien en peine d'opposer le dispositif de l'article 1134 du Code civil à un économiste, car je ne sais pas vraiment ce que signifie ce texte, tant les divers sens qu'on lui a attribués ont évolué au cours du temps (2). Dans un débat à vocation prescriptive, la contrainte textuelle que je

(1) V. sur ce point, la magnifique démonstration de D. de Béchillon, *Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire*, RTD civ. 2002, p. 31 et s.

(2) V. sur ce thème, Ch. Jamin, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil*, D. 2002, chron., p. 901 et s.

pourrais opposer à un économiste serait ainsi d'assez faible portée : il lui suffirait de me proposer une autre interprétation du texte (fondée sur telle ou telle théorie économique) un tant soit peu compatible avec ce que j'admets bien volontiers être son noyau dur — le sens littéral défendu par Umberto Eco (3).

D'autre part, plus le droit positif est appréhendé de manière générale, plus j'ai le sentiment de le déformer quand je l'expose. Autrement dit, sans même porter le moindre jugement de valeur sur leur caractère adéquat, présenter les sanctions juridiques applicables en cas d'inexécution contractuelle me paraît déjà constituer une injonction bien difficile à satisfaire. Plus il est appréhendé de haut (ou de loin), et il l'est déjà avec le thème dont nous débattons, plus le droit positif constitue une construction doctrinale (4) ; or celle-ci présente deux défauts.

*Primo*, le droit positif y est présenté sous forme de théories plus ou moins générales, ce qui incite très fortement les juristes à attribuer au droit positif, que ces théories sont censées exposer, les qualités propres conférées en général aux théories : leur cohérence. Mais c'est oublier une chose, capitale, c'est que le droit positif n'est pas une théorie ! Autrement dit, présenter celui-ci sous la forme de théories générales, travail auquel se livre la doctrine, constitue une tromperie sur un droit positif souvent contradictoire, incohérent et incertain... Bref, le droit positif apparaît plutôt comme un maquis très difficile à exposer, si l'on refuse du moins de se soumettre à ce qui me semble constituer la matrice disciplinaire des juristes fran-

çais depuis au moins un siècle (5).

*Secundo*, ces théories générales sont nécessairement des reconstructions après-coup du droit positif. Elles présentent donc le défaut de toutes les reconstructions de ce genre : elles constituent des exercices de rationalisation qui ne rendent pas compte de la manière dont se construit au jour le jour ce droit positif. Dans le domaine scientifique, c'est ce que Feyerabend a toujours reproché aux constructions intellectuelles de Karl Popper (6) et il me semble qu'on peut étendre son analyse aux théories juridiques, du moins si l'on ne craint pas d'encourir les mêmes reproches que ledit Feyerabend, qui fut taxé par ses pairs de promouvoir une conception anarchique de la science !

Que déduire de ce propos que beaucoup de lecteurs jugeront pessimiste ? Qu'à tout le moins, il faut se méfier des généralisations quand on expose le droit positif pour l'opposer à un tiers. Moins le juriste s'éloigne des cas qu'il traite quotidiennement, plus il me semble pouvoir s'exprimer utilement, non point d'ailleurs au titre de la raison raisonnante, mais du point de vue de son expérience pratique. Et encore... il me semble qu'on n'ira pas toujours très loin, même sous cet angle bien modeste, et pour les raisons déjà énoncées : sur le terrain de la politique juridique, souvent déterminante quand bien même elle ne fait qu'affleurer sous la technique, le juriste se place sous l'autorité d'un discours extérieur au droit. Pour me faire comprendre, je voudrais m'en tenir à trois cas (très connus des juristes), qui concernent précisément les sanctions de l'inexécution contractuelle, pour les soumettre à la réflexion des éco-

nomistes, dont je regrette au passage qu'ils soient bien plus souvent au fait du droit américain que d'un droit français qu'ils ont pourtant sous les yeux...

Mon premier cas est tiré d'un célèbre arrêt de la Cour de cassation du 15 décembre 1993 (7). En l'espèce, un particulier avait consenti à un autre particulier une promesse unilatérale de vente d'un immeuble qui était valable jusqu'au 1<sup>er</sup> septembre 1987. Le 26 mai 1987, le premier avait notifié au second sa décision de ne plus vendre. Ayant levé l'option le 10 juin 1987, le bénéficiaire assignait le promettant en exécution forcée de la vente. La Cour d'appel de Paris l'ayant débouté, au motif que l'obligation mise à la charge du promettant constituait une obligation de faire, le bénéficiaire avait formé un pourvoi en cassation, car il estimait que l'obligation débattue constituait une obligation de donner autorisant la réalisation forcée de la vente. Son pourvoi fut rejeté, la Cour de cassation approuvant la qualification d'obligation de faire retenue par les juges du fond et précisant « que la levée d'option, postérieure à la rétractation [du promettant], excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer ».

Dans un premier temps, cette décision reçut une volée de bois de vert ! Il n'est pas nécessaire de revenir ici sur le détail des arguments techniques qui ont été avancés pour la critiquer (8). On se bornera à relever qu'aucun n'a semblé décisif, tous ayant donné lieu à une solide controverse. Ce débat a donc une nouvelle fois permis de constater que les textes sont décidément malléables : pas plus que la mise en œuvre de l'article 1142 du Code civil

(3) U. Eco, *Les limites de l'interprétation*, trad. M. Bouzaher, Paris, Grasset, 1992, éd. *Le livre de poche*, série « Biblio-essais », p. 33.

(4) *En même temps que cette construction contribue à façonner le droit positif* : J. Ghestin, *Les données positives du droit*, RTD civ. 2002, spéc. p. 21 et s.

(5) V. sur ce thème, Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, spéc. p. 141 et s.

(6) V. les propos synthétiques de P. Feyerabend, *Tuer le temps*, Une autobiographie, trad. B. Jurdant, Paris, Le Seuil, 1996, p. 116-117.

(7) Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 15 décembre 1993, Bull. civ., III, n° 174, p. 115.

(8) V. leur présentation par D. Mainguy, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter*, RTD civ. 2004, p. 1 et s.

(9) V. sur l'exposé des contorsions interprétatives de la doctrine pour limiter la portée de l'article 1142 du Code civil, qui dispose que « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur », G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, in *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., spéc. n° 16-1, p. 31-33.

(10) V. sur ce thème, les réflexions comparatives de F. Bellivier et R. Sefton-Green, *Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme*, *Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 91 et s.

(11) V. dans ce sens, A. Supiot, *La valeur de la parole donnée (À propos des chômeurs « recalculés »)*, *Dr. soc.* 2004, p. 541 et s., qui en tire une virulente critique de l'analyse économique du droit.

(12) V. par ex., D. Mainguy, *art. préc.*, spéc. n° 29, p. 18-19.

(13) V. récemment, de manière générale, A.-W. Alschuler, *Law without Values, The Life, Work, and Legacy of Justice Holmes*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 2000, 325 p.

(14) O.-W. Holmes, *The Path of the Law* (1897), 10 *Harvard Law Review* 462 : « The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, — and nothing else ».

(15) D. de Béchillon, *art. préc.*, p. 51.

(16) Et peut-être faut-il y croire, au moins pour sa tranquillité personnelle et peut-être aussi pour une certaine paix sociale. Mais c'est là un autre débat...

ne se limite nécessairement aux obligations dont l'exécution forcée porte atteinte à une liberté essentielle (9), la violation de l'article 1134 du même Code n'implique logiquement une exécution forcée (10). Sur ce plan, le juriste n'aurait donc rien de vraiment solide à opposer à l'économiste qui approuverait la solution.

En l'espèce, l'intérêt de la controverse réside plutôt dans le fait que les arguments de politique juridique ont sans cesse affleuré, alors que les écrits doctrinaux ont en général pour effet, si ce n'est pour objet, de les masquer. Plus précisément, il me semble qu'en définitive le fond du débat a tenu à la portée, proprement politique, que les uns et les autres ont attribué, sans vraiment la discuter, à la force obligatoire du contrat.

Pour les premiers, le respect dû à cette force obligatoire exige que celui qui a donné sa parole ne puisse pas se défaire en se bornant à payer une indemnité. Un discours qui permet peut-être de renouer avec un peu de la vieille rhétorique catholique qui interdit à une personne, ayant donné sa parole, de la reprendre, voire avec la conception rigoureuse que les codificateurs se faisaient de la loi contractuelle : l'instrument de restauration du lien social que quinze années de Révolution avaient pour le moins défilé... Le tout peut-être revitalisé par un discours, à connotation psychanalytique ou anthropologique, qui fait du lien indéfectible entre la force obligatoire du contrat et la condamnation à son exécution forcée l'un des meilleurs moyens d'instituer les individus (11).

Pour les seconds, auxquels les premiers reprocheront,

parfois vivement, de ne pas avoir compris la portée instituante du droit, le respect de la force obligatoire ne doit pas se payer au prix fort, celui de l'exécution forcée. Il suffit bien que le contractant défaillant indemnise son créancier. Solution certes prônée au nom d'une autre lecture technique du droit positif, mais aussi d'une lecture qu'autorise en définitive un regard posé sur une abondante littérature d'inspiration économique relative à la sanction de l'inexécution du contrat (plus connue sous le nom d'*efficient breach of contract*) (12). Une littérature d'autant plus abondante qu'elle fait partie du débat aux États-Unis presque depuis que le juge Holmes a, dans une perspective réaliste (au sens nord-américain) et donc aux yeux de quelques-uns nihiliste (13), réduit la portée de la force obligatoire du contrat à la seule question du montant de l'indemnité mise à la charge de la partie défaillante, question qu'il pouvait d'emblée se poser dans un système qui privilégie l'allocation de dommages et intérêts sur l'exécution forcée (14).

Ces premiers développements pour deux conclusions : 1. Les arguments de nature dogmatique tirés de l'autorité des textes et de leur combinaison n'ont qu'une assez faible portée contraignante, ne serait-ce que parce que la signification de ces articles (en l'occurrence 1134 ou 1142 du Code civil) peut toujours être modifiée ; 2. les diverses significations attribuées à ces textes sont largement tributaires de certains préjugés ou présupposés qui, relevant de la philosophie morale, sont plus ou moins confusément en conflit (défense d'une conception religieuse de la force obligatoire du contrat, volonté d'insti-

tuer les individus, conception réaliste du droit...) et renvoient à « un *credo* d'ordre théorique » (15) qui n'est jamais questionné, le propre des croyances étant peut-être de ne pas l'être !

Dans ces conditions, que peut répondre le juriste à l'économiste qui s'interroge sur la sanction de la violation d'une promesse de vente ? Si ce juriste croit à la vérité du contenu normatif du droit (16), il se bornera à lui asséner quelques prétendues vérités textuelles (le texte impose que...) ou dogmatiques (le système impose que...), dont on peut déjà imaginer qu'elles ne pèseront guère aux yeux d'un économiste qui vit dans un autre système de croyances. Il est en revanche beaucoup plus probable que le juriste sollicite de cet économiste qu'il lui fournisse des munitions dans la lutte que le juriste livre contre les tenants d'autres préjugés. En l'espèce, la question pourrait être formulée ainsi : dites-moi s'il existe des arguments économiques d'autorité (des arguments de nature scientifique au sens de Gény) pour juger que l'allocation d'une indemnité doit l'emporter sur l'exécution forcée du contrat ? À charge pour moi d'user de cette autorité (que je ne questionnerai pas) pour convaincre mes collègues dans un débat qui mêlera, à des degrés divers, science et technique...

J'admets que cette conception du débat juridique renvoie à une épistémologie proche de celle de Thomas Kuhn pour les sciences : puisque la science (au sens de Gény) sert uniquement d'argument d'autorité, il y a de fortes chances pour que la victoire de telle ou telle thèse, si la puissance rhétorique des arguments techniques s'avère insuffisante, dé-

pende plus sûrement de la position institutionnelle des acteurs et de leurs réseaux d'influence, source d'adhésion ou de croyance de la part du plus grand nombre, que de la pertinence scientifique des arguments invoqués... Une conclusion dont je me persuade d'autant plus volontiers que je doute en l'occurrence de la pertinence des arguments avancés par les économistes en faveur ou défaveur de la théorie de l'*efficient breach of contract*. J'avais cru comprendre en effet que trente ans de débats sur cette question ne nous avaient guère apporté de certitudes. D'où cette question un peu marginale : et si les propositions normatives des économistes ne valaient guère mieux que celle des juristes ? Et si les juristes et les économistes n'étaient en définitive que des bricoleurs munis de systèmes de croyance (à forte dose de théories générales d'un côté et de modélisation de l'autre) propres à convaincre leurs publics respectifs, tout en leur permettant parfois de franchir les frontières (les juristes finissant, par exemple, par adhérer à la scientificité de l'économie pour lui emprunter certaines théories) ?

Je laisse volontiers cette question de côté pour aborder maintenant le deuxième cas tiré, cette fois, d'un célèbre arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 22 octobre 1996 (17). En l'espèce, une société confie à deux reprises à Chronopost des plis contenant une soumission à des adjudications. Ces plis ne sont pas livrés le lendemain de leur envoi avant midi, contrairement à l'engagement formel de Chronopost. Son créancier l'assigne en réparation de son préjudice (la perte d'une chance, celle de remporter ces adjudications). Chrono-

post se prévaut alors de la clause qui limite le montant de l'indemnisation du retard au prix du transport dont la société s'est acquittée. Celle-ci est déboutée par la Cour d'appel de Rennes qui juge classiquement (18) que Chronopost n'a pas, en l'espèce, commis de faute lourde exclusive de la limitation de responsabilité du contrat. Son arrêt est néanmoins cassé au seul visa de l'article 1131 du Code civil, qui sanctionne l'absence de cause. La Cour de cassation retient « qu'en statuant ainsi alors que, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de [son client] dans un délai déterminé, et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Cet arrêt a engendré une littérature considérable, qui a vu affleurer une nouvelle fois les arguments politiques sous le voile des contraintes d'ordre technique. Pour justifier le recours controversé à l'article 1131, certains commentateurs ont pu finalement retenir qu'un débiteur ne pouvait à la fois s'engager (en l'occurrence promettre la livraison d'un pli dans un délai déterminé) et ne pas s'engager (en limitant conventionnellement la sanction de la violation de son engagement à un montant dérisoire) (19). Tout en contestant, sur un plan technique, le recours à la cause et l'invocation du manquement à une obligation essentielle, d'autres auteurs se sont parfois prévalus de la liberté contractuelle que l'arrêt aurait mis à mal, mais sans vrai-

ment justifier leur position, favorable à la préservation de cette liberté, autrement que par de simples affirmations (20).

Une fois encore je m'interroge sur la portée argumentative de tels propos à l'égard d'un économiste. La contradiction logique évoquée peut d'abord lui sembler formelle. En effet, dans un système concurrentiel, la faiblesse de l'indemnité versée par Chronopost n'aura pas nécessairement pour conséquence de l'inciter à ne pas exécuter son contrat. Chronopost perdrait vite des parts de marché importantes si ses clients apprenaient que leur transporteur n'est pas fiable. Autrement dit, sur un plan empirique ou du moins plus concret, l'existence même de la clause débattue pourrait n'avoir aucun effet incitatif sur l'attitude des agents, à la différence de la connaissance d'une exécution défectueuse du contrat. Inclure une telle clause dans le contrat ne signifie donc pas concrètement que Chronopost ne s'engage pas. Quant à la simple invocation de la liberté contractuelle, je ne suis pas plus certain qu'elle puisse convaincre un économiste qui démontrerait que sa mise en œuvre aboutit à un résultat inefficace.

Les juristes n'auraient-ils donc rien à proposer de bien ferme aux économistes sur le contenu d'une solution, du moins sur le thème particulier des sanctions de l'inexécution d'un contrat ? En forçant le trait, je serais presque tenté de répondre par l'affirmative. Tout en vous précisant que je pourrais être aussi tenté de répondre de manière identique à la question inverse, car les travaux des économistes ne paraissent guère mener à des conclusions beaucoup plus fermes (21). À ce titre, j'attends plus

(17) Cass. com., 22 octobre 1996, Bull. civ., IV, n° 261, p. 223. Nous laisserons ici de côté les développements postérieurs de cette affaire et plus spécialement l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 9 juillet 2002 (Bull. civ., IV, n° 121, p. 129) ayant censuré une cour d'appel qui, après avoir réputé non écrite la clause exclusive de responsabilité, avait jugé inapplicables les dispositions du droit commun du transport et, en particulier, le contrat type messagerie qui fixe un plafond légal d'indemnisation limitant précisément le montant de l'indemnité au prix convenu pour le transport.

(18) V. par ex., G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 226, p. 431.

(19) V. par ex., M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, Paris, PUF, 1<sup>re</sup> éd., 2004, § 224, p. 607.

(20) V. par ex., Ch. Larroumet, *Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité*, D. 1997, chron., p. 145, n° 3 : « L'application [de la théorie de la cause] est dévastatrice en ce qu'elle a pour effet, en développant le contrôle du contrat par le juge, de ruiner la liberté contractuelle. Certes, celle-ci a déjà subi de nombreuses atteintes en vertu de législations particulières. Elles sont suffisantes et point n'est besoin d'en rajouter par l'appel au droit commun ».

(21) V. de manière générale, E.-A. Posner, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades : Success or Failure ?* (2003), 122 *Yale Law Journal* 829.

spécialement d'un économiste qu'il me démontre un jour, de façon empirique, qu'une décision, un principe ou une règle de droit produises concrètement tel résultat dont il faudrait postuler qu'il est meilleur qu'un autre.

Pour me faire bien comprendre sur ce point tout en illustrant une dernière fois mon hypothèse de travail, je voudrais exposer mon troisième cas. Il est issu d'un arrêt de la première chambre civile du 13 octobre 1998 (22). En l'espèce, un anesthésiste s'était vu contractuellement consentir par une clinique l'exclusivité des actes de sa spécialité à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1986. En contrepartie, il avait acquis des actions de cette clinique. Après avoir convoqué ce médecin au conseil d'administration, pour l'entendre sur son comportement professionnel, celle-ci lui avait notifié, par une lettre du 30 janvier 1995, sa décision de mettre un terme à leurs relations contractuelles après un préavis de six mois. La Cour d'appel de Rouen déboutait le médecin de ses demandes tendant à voir déclarée abusive la rupture unilatérale du contrat d'exercice par la clinique. Dans son pourvoi, le médecin soutenait en particulier qu'en déclarant justifiée, par application de l'article 1184 du Code civil, la décision de son cocontractant de rompre sans décision judiciaire préalable le contrat à durée déterminée qui liait les parties, la Cour d'appel avait violé cet article qui précise que le contrat n'est point résolu de plein droit et que la résolution doit être demandée en justice. Son pourvoi a néanmoins été rejeté au motif que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de

façon unilatérale à ses risques et périls... ».

De manière traditionnelle, la résolution judiciaire nécessite une intervention préalable du juge qui s'est vu reconnaître, au fil du temps, le droit d'apprécier l'opportunité de la résolution qu'il prononce lorsque, en cas d'inexécution partielle, le manquement du débiteur aux stipulations du contrat est d'une gravité réputée suffisante. Et ce n'est que dans les cas d'urgence ou de nécessité ou lorsque les relations contractuelles sont marquées d'une forte empreinte personnelle que certaines décisions admettent, de façon marginale, la résolution unilatérale du contrat.

C'est avec cette tradition que semble rompre l'arrêt en autorisant, en dehors de ces hypothèses, le créancier à déclarer, sans intervention préalable du juge, le contrat résolu aux mêmes conditions que la résolution judiciaire, c'est-à-dire en cas de manquement grave du débiteur.

Une nouvelle fois cet arrêt, qui a été suivi de plusieurs arrêts de la même chambre, a donné lieu à une littérature abondante. Une nouvelle fois, le texte servant de fondement traditionnel à la résolution judiciaire n'a pas pesé très lourd, ne serait-ce que parce que sa prétendue clarté a pu être discutée, plusieurs auteurs procédant à une interprétation renouvelée de l'article 1184 pour ne plus y voir, parfois en contradiction avec leurs écrits antérieurs, l'exigence d'une intervention préalable du juge (23). Certaines juridictions du fond ont même pu s'affranchir de l'interprétation dominante de l'article 1184 en jugeant que « par-delà les termes de l'article 1184 du Code civil, il est possible pour une partie à un contrat d'y mettre fin de façon uni-

latérale, à ses risques et périls face à un manquement de l'autre partie d'une réelle gravité » (24). À bien y réfléchir, ces juges ne rompaient d'ailleurs pas vraiment avec une tradition qui autorisait quelques exceptions, essentiellement fondées sur l'urgence, ce qui la faisait déjà aller par-delà les termes l'article 1184 du Code civil. Disposant d'une texture ouverte, même quand ils sont de facture technique, tel cet article 1184, les textes ne semblent donc qu'assez rarement constituer des contraintes argumentatives fortes et ils se prêtent en définitive à toutes les contorsions interprétatives...

Une nouvelle fois encore, l'harmonie prétendue du système juridique français relatif à la résolution pour inexécution, dont on enseigne traditionnellement qu'il repose sur le diptyque de la résolution judiciaire, le droit commun, et de la clause résolutoire, que les parties sont susceptibles d'inclure dans leur contrat, n'a pas pesé bien lourd face à cette évolution jurisprudentielle. Tout au contraire et au prix des habituelles controverses, la doctrine a commencé à refaire le système en réservant une place plus importante qu'auparavant à la résolution unilatérale, première étape d'une reconstruction dudit système, voire en allant déjà un peu plus loin dans cette œuvre de reconstruction en fondant désormais le système sur un triptyque : résolution judiciaire, clause résolutoire et résolution unilatérale. Un travail dont il ne faut pas s'étonner, car c'est celui-ci que la doctrine accomplit dans tous les domaines (25), mais un travail qui augure assez mal de la solidité argumentative des contraintes systémiques opposées par les juristes à une quelconque nouveauté

(22) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 octobre 1998 Bull. civ., I, n° 300, p. 207.

(23) V. en particulier, L. Aynès, *Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives*, Dr. et patr., n° 126, mai 2004, p. 64 et s. Adde, S. Stijns, *La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre*, in M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Études de droit comparé, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDf, 2001, spéc. p. 549 et s.

(24) CA Douai, 6 juillet 1999, JCP 1999. I. 191, n° 14, obs. Ch. Jamin.

(25) V. sur ce thème, Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *op. cit.*, p. 252 et s.

interprétative, tant les systèmes juridiques paraissent ductiles.

Une nouvelle fois enfin, ce qui apparaît en filigrane dans le débat entre la résolution unilatérale et la résolution judiciaire, ce sont des arguments de politique juridique, où les économistes pourraient à nouveau tenir leur place.

Quels sont ces arguments ? Reconnaître aux parties la faculté de rompre leur contrat, en dehors même de l'insertion d'une clause résolutoire, constituerait d'abord un excellent moyen de limiter le domaine d'intervention du juge. Un juge que les juristes français n'apprécient guère par tradition, ce juge qu'apprécient encore moins des juristes libéraux qui s'indignent à intervalles réguliers du rôle croissant qu'il joue en matière contractuelle. Comme l'écrit Christian Atias dès la première ligne de l'avant-propos de son précis de contentieux contractuel : « Le propre du contrat, c'est d'être la chose des parties, une affaire privée » (26). Dans une telle perspective, le juge doit avoir la portion congrue et l'on peut comprendre que le priver du soin d'apprécier l'opportunité de la résolution, sauf en l'autorisant à intervenir *ex post* et à l'initiative du débiteur, soit un bon moyen d'y parvenir, même si le propos relève nettement d'un choix de philosophie politique.

Accorder aux parties un droit de rupture unilatérale constituerait aussi, dit-on plus ou moins dans tous les pays de tradition civiliste, un bon moyen de « réduire les procès longs et ruineux » (27), le créancier n'ayant plus toujours l'obligation de saisir le juge pour obtenir le prononcé de la résolution. En outre, ce même droit de rup-

ture unilatérale permettrait au créancier de redéployer plus vite ses ressources, puisqu'il n'aurait plus à attendre la décision du juge pour mettre fin à ses relations avec le débiteur défaillant et pourrait au plus tôt conclure un nouveau contrat avec un tiers.

Voilà des arguments à connotation factuelle (diminution des coûts du procès, plus prompt réallocation des ressources) qui font sans cesse partie du débat, mais sans jamais être prouvés, alors même que leur démonstration empirique ne relève nullement de l'évidence.

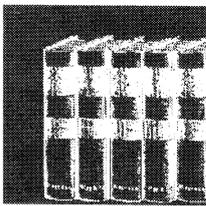
À titre d'exemple, nous ne connaissons pas le pourcentage d'affaires qui donnaient lieu à un procès, même avant l'évolution jurisprudentielle amorcée par l'arrêt du 13 octobre 1998. On peut imaginer que le créancier ne saisissait le juge que lorsque la résolution faisait l'objet d'une contestation de la part du débiteur largement en amont d'un éventuel procès. Dans cette mesure, la solution nouvelle, loin de diminuer le nombre des procès, ne ferait qu'inverser la règle du jeu en obligeant désormais le débiteur mécontent à saisir le juge. Une inversion qui pourrait avoir pour effet de ne plus permettre au juge, une fois constatée l'absence de manquement grave, d'ordonner la poursuite du contrat résolu à tort par le créancier, ce dernier ayant pu, d'ores et déjà, conclure un contrat avec un tiers au moment du jugement. Autrement dit, l'évolution nous renverrait à la question évoquée à propos de l'*efficient breach of contract* : la violation du contrat, en l'occurrence sa résolution par le créancier alors même que le débiteur n'a commis aucun manquement grave, doit-elle seulement donner lieu à l'allocation de dommages et intérêts ? Une

question dont nous avons pu percevoir le contenu politique explosif ! Une question qui relève bien peu de la science du droit et repose sur un présupposé factuel qui mériterait une démonstration empirique : dans quelle mesure l'évolution actuelle de la jurisprudence est-elle susceptible de diminuer le nombre et l'importance des procès et donc le coût de la justice ? C'est là-dessus que j'aimerais entendre mes collègues économistes, pour permettre aux juristes de ne plus s'appuyer sur des affirmations factuelles non démontrées (et donc améliorer la qualité de leurs débats rhétoriques). Mais encore une fois, je ne suis pas certain que les économistes soient capables de répondre à cette question, et d'y répondre... à moindre coût (28).

(26) Ch. Atias, *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, Aix-en-Provence, PUAM, 2<sup>e</sup> éd., 2003, n° 1, p. 15.

(27) P.-G. Jobin, *La résolution du contrat sans intervention du tribunal*, RTD civ. 1997, p. 556.

(28) *Ce qui réduit la portée démonstrative de la logique conséquentialiste qui constitue aujourd'hui un thème important du débat parmi les juristes français qui tentent d'introduire, dans notre pays, l'analyse économique du droit. Prôner un système de résolution unilatérale aux fins de diminuer le nombre des procès et le coût de la justice est une chose ; démontrer que ce système produit empiriquement cet effet en est une autre, qui pose en premier lieu de redoutables questions méthodologiques, celles-ci n'ayant guère variées depuis que les premiers réalistes nord-américains s'y sont heurtés quand ils ont entrepris d'investir le champ des sciences sociales empiriques. V. sur cette question, J.-H. Schlegel, *American Legal Realism & Empirical Social Science*, Chapell Hill, The University of North Carolina Press, 1995, 418 p.*



# LA BANQUE, LE JUGE, LES RUPTURES DE CRÉDIT ET LE FONCTIONNEMENT DU MARCHÉ

**JEAN-PAUL BETBÈZE**

Professeur de sciences économiques à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

**I**l n'est pas facile de parler des rapports de la banque avec l'entreprise, avec les PME, ou plus généralement avec les marchés, car cela fait beaucoup de monde... Il y a là donc, aussi, et toujours, beaucoup de passion, d'enjeux, de tensions et de contradictions. Dans un tel contexte, il faut commencer par comprendre et éclairer la scène, puis voir comme elle se peuple d'autres agents économiques, avec leurs propres idées et objectifs, pour examiner ensuite où naissent les problèmes et les contradictions. Et enfin, comment on pourrait les régler.

**1. Commençons, par ordre de préséance, en accueillant la concurrence et sa fille, l'incertitude : elles dominant, en fait, toute la pièce.** Pour les évoquer, il suffit de se demander quelle est la probabilité pour une entreprise cotée de faire mieux que l'indice, c'est-à-dire d'avoir une croissance de son titre qui dépasse celle de la moyenne : la réponse est évidemment 1/2. Et, sur deux ans, 1/4. Et sur 20 ans, 1/10.000. Ainsi, sur les 248 entreprises européennes continuellement cotées depuis 20 ans, aucune n'y est parvenue. Le meilleur score de surperformance est de 14 années sur 20, avec Antofagasta (mine chilienne cotée à Londres) Celesio (distributeur allemand) et Nedap (vendeur hollandais de système de contrôle). Avec 13 années de surperformance, on trouve Carrefour, Fortis, Next, Tentokil et Total. 50 sociétés, 1/5 de l'ensemble, font mieux que l'indice 9 ans sur 20 (1). Les cours de bourse, comme disent les économistes, « marchent au hasard ». Dit autrement, le fait qu'il est impossible de prévoir les prix futurs des ti-

tres à partir des prix actuels et passés est « le signe, non d'un échec des lois économiques, mais au contraire de leur triomphe quand la concurrence s'exerce normalement ». Je cite Paul Samuelson, prix Nobel d'économie. Donc, parce qu'il y a concurrence, il y a incertitude.

**2. S'il y a concurrence, risque, incertitude, le profit est le résultat du succès, et la perte son symétrique.** Le profit montre que l'on a bien vu, ou moins mal vu, et la perte indique évidemment le contraire. Le profit est donc un signe sur ce que l'on a fait. Plus encore, c'est un signal envoyé aux différents partenaires pour le futur et un moyen de continuer, peut-être d'accélérer la croissance de la firme, en bâtissant une crédibilité, une fidélité. Une perte, aujourd'hui, rend, demain, la chose plus difficile. Si, deux ans durant, le profit est là, un début de cercle vertueux peut commencer... mais on a vu que c'est toujours un cercle menacé. Si, deux ans durant, la perte est au rendez-vous, la persévérance devient de plus en plus compliquée. Est-ce de l'obstination ? Ou bien de l'aveuglement ? Où s'arrête le soutien, et où commence l'abus ? Car, un jour, la firme peut ne plus continuer, ne plus pouvoir continuer. Ce jour, elle ne vaudra plus rien en bourse, et les actionnaires auront tout perdu. Alors, il y aura des litiges et des procès. Alors, les prêteurs pourront avoir perdu plus même qu'ils ont prêté. Alors, les salariés auront perdu leur emploi. Ils bénéficieront certes de l'assurance chômage et d'aides, mais ils devront changer d'entreprise, peut-être de métier ou de ville. Alors, les fournisseurs auront perdu

tout ou partie de leurs avances... Alors, il faudra que ceux qui restent continuent, que les salariés recherchent du travail, que les actionnaires choisissent mieux et surveillent plus, que les fournisseurs se refassent en redoublant d'effort, et que les banquiers fassent de nouveaux crédits pour compenser ceux qu'ils viennent de faire. Peut-on d'ailleurs seulement dire qu'ils doivent « redoubler » d'efforts ? En fait non, dans le cas français des marges bancaires, si une banque fait, ce lundi, un crédit de 100 et si, mardi, ce crédit est perdu, il faudra qu'elle fasse cette même opération entre 100 et 200 fois pour retrouver l'avance. Comme la marge sur le crédit est de 1 %, ou plutôt de 0,5 %, toute perte aujourd'hui implique qu'il faudra rouler entre 100 et 200 fois la pierre, et cette fois sans erreur. On comprend les enjeux et les tensions.

Mais, si l'entreprise arrive à convaincre ses fournisseurs et ses banquiers d'attendre, et même d'aider davantage, c'est-à-dire en fait ses banquiers et les banquiers de ses fournisseurs, et si les actionnaires comprennent, et si les salariés jouent le jeu, alors l'entreprise peut, peut-être, passer le cap difficile, surpasser le choc. Il aura fallu lui faire confiance, rester, résister. Il aura peut-être fallu lui faire un crédit supplémentaire, un crédit qui permet de tenir le coup financièrement, mais aussi moralement. C'est-à-dire qu'il aura fallu, à la fois, prendre le risque de continuer, et aussi le risque de perdre le risque. Ces deux risques, ce sont bien sûr ceux de perdre plus et de se le faire reprocher par les actionnaires, les salariés et les clients de la banque. Mais il arrive que ce double risque

(1) Voir *La lettre Vernimmen.net*, n° 28, avril 2004.

de rester, ce soit l'entreprise elle-même qui le reproche à son banquier. Si elle avait laissé choir la firme au début de ses difficultés, elle aurait été qualifiée de « peureuse » par ces experts extérieurs qui abondent. Et si elle abandonne plus tard, en ayant tenté de trouver des solutions, elle peut se trouver critiquée pour son audace, pour son obstination, par tous les experts rétroactifs qui s'éveillent alors.

**3. Pour comprendre cette histoire, qui est celle de la croissance et de la concurrence, de l'incertitude et du risque, et du financement de l'entreprise, il faut commencer au début. Et l'histoire commence toujours entre une entreprise d'un côté, plus exactement un entrepreneur, et un financeur de l'autre. L'un a l'idée, le savoir-faire, la connaissance du débouché ou de la ressource ou de l'organisation et aussi, bien sûr, la volonté de la mettre en œuvre. L'autre a les moyens financiers de donner corps à ses idées, à ses choix, à ses projets, à cette volonté. L'un sait et veut, l'autre permet.**

Bien sûr, le problème naît ici immédiatement, car que sait-il vraiment, cet entrepreneur ? Que veut-il vraiment ? Comment savoir ce qu'il sait et ce qu'il veut ? Comment surtout savoir ce que vaut ce qu'il sait, et ce que vaut ce qu'il veut ? Il y a, comme disent les économistes, asymétrie d'information : l'un des acteurs, l'entrepreneur, se trouve du côté du savoir et de la volonté, l'autre, le financeur, peut donner corps à cette possibilité. L'un est du domaine du projet concret, l'autre de la projection financière.

Cet « autre » peut être soit un épargnant direct ou un gestionnaire d'épargne, soit

une banque, c'est-à-dire un créateur de monnaie. Le crédit, c'est toujours un découvert, petit ou grand. C'est la possibilité de payer accordée à quelqu'un, qui ne peut pas le faire, par une banque... qui s'en donne les moyens, parce qu'on lui en donne le droit. La banque avance donc des ressources en les créant, pour aider un entrepreneur qui, lui, avance et met en pratique des idées, des projets, et qui peut ainsi embaucher, investir, acheter. L'asymétrie d'information est claire, si l'on peut, dire : l'information cachée porte sur ce que sait et veut celui qui demande un financement, l'action cachée concerne ce qu'il peut en faire.

Pour essayer de réduire cette asymétrie, le banquier va chercher des informations, étudier des données, demander des garanties. Il lui faudra aller, toujours, au-delà de la simple proposition de taux d'intérêt. Les économistes connaissent le célèbre exemple de la voiture d'occasion. Je me promène dans la rue, et je vois une voiture d'occasion, en vente derrière la vitrine, avec un certain prix. Je suis intéressé. Le lendemain, ce prix est barré, avec une baisse. Je suis donc très intéressé, et me dis que, demain, je vais acheter. Le surlendemain, je vais donc pour acquérir l'auto, et je vois, avant d'entrer, qu'elle a encore baissé de prix ! Qu'est-ce donc que ceci veut dire ? Qu'est-ce donc que ceci cache ? Quand le prix du vendeur baisse trop, je n'achète plus (2).

Aujourd'hui, je suis banquier et je vais recevoir M. X, patron de PME. J'ai vu son dossier et me propose de lui faire une proposition de crédit avec un taux, puis, en discutant avec lui, je m'interroge et lui fais une proposition de taux supérieure à celle

que j'avais en tête. Il l'accepte. J'ajoute alors qu'il faudra des garanties, bien sûr. Il les accepte aussi. Je lui dis que je le remercie et que je vais faire part de ce projet à ma hiérarchie et à notre centre de traitement, pour établir notre position définitive. Quand le prix accepté du crédit monte, je ne le fais plus.

Bien sûr, tout ceci est extrême et caricatural, mais montre bien la question permanente, celle de la qualité de mon interlocuteur dans ce qu'il dit (l'information cachée, quelle est sa situation effective) et ce qu'il fera (l'action cachée, est-ce qu'il ne va pas profiter du crédit supplémentaire qui lui a été accordé pour prendre plus de risques qu'il ne l'aurait fait avec son propre argent ?). Et tout ceci, ne l'oublions jamais, se passe dans une situation où l'erreur sur le crédit se paie entre 100 et 200 fois.

**4. Ajoutons ici que le problème n'est pas seulement celui de la « moralité », du caché, mais aussi de ce qu'il est possible de savoir du « connaissable ». En effet, quand bien même l'entrepreneur dirait « tout » à son banquier, il ne peut lui dire que ce qu'il sait, en fonction de ses sources d'information et de sa vision de la situation. Ajoutons que, par construction économique, l'entrepreneur est optimiste et que, par humaine construction, il ne peut tout savoir. Par exemple, il ne peut pas savoir qu'en face de ce terrain qu'il convoite pour bâtir un hôtel, un autre entrepreneur s'affaire, avec un autre banquier, puis un autre. Bientôt, on verra surgir des hôtels, des restaurants, des immeubles de bureaux, des pépinières de ceci ou de cela, comme autant de champignons. C'est là l'effet de la concurrence. Il**

(2) C'est l'analyse fameuse d'Akerlof, 1970 : « The market for lemons : quality uncertainty and the market mechanism ».

n'y a aucune raison pour qu'une idée survienne à un seul, dans un seul lieu, et il y en a moins encore, si elle est bonne, pour qu'elle ne soit pas suivie, copiée, imitée, améliorée. La concurrence permet l'émulation, l'amélioration des personnes, c'est-à-dire la sélection des meilleurs. Elle fait que, même avec la meilleure « bonne volonté » du monde, l'échange honnête d'information entre banquiers et entrepreneurs ne saurait suffire. Il est cependant, bien sûr, une condition nécessaire.

**5. Pour continuer, il faut donc se demander comment évolue le dialogue entre banquier et entrepreneur, comment le second va parler au premier.** Il faut, pour cela, qu'il y ait un protocole d'information : ni trop, ni trop peu. Ni trop, d'abord : le banquier ne doit pas tout savoir, ni tous les soucis, ni tous les problèmes. L'excès d'information tue l'information. Il faut donc que l'entrepreneur s'engage dans un processus de « juste information ». L'information juste d'abord, juste l'information juste ensuite. Il s'engage ainsi non seulement sur le fait de dire mais, plus important, sur celui de bien dire. C'est, là, le fond du contrat informationnel qui s'instaure dans la durée.

C'est lui qui fonde la logique de la « banque relationnelle », celle qui entend, de mieux en mieux, connaître le client d'entreprise et réduire ainsi le risque qu'il représente. Cette coexistence fait que l'entreprise bancaire et l'entreprise industrielle ou commerciale vont échanger de plus en plus d'informations, et sur un mode continu. La banque « monitore » son client entrepreneur. Outre le protocole informationnel que je signalais, elle connaît le quotidien

de la société par la gestion de sa trésorerie, ce que l'on appelle « la vie du compte ». Elle a donc deux sources d'informations, une source concomitante qui est celle de la trésorerie, une source sélective et proactive qui vient du protocole d'information. Dans ces conditions, se noue un contrat implicite. C'est celui d'escorter l'entreprise dans d'autres pays, auprès d'autres territoires, dans d'autres secteurs, et donc de financer son expansion, toutes opérations qui accroissent évidemment son risque, et donc ceux du banquier. Et c'est aussi l'idée d'escorter l'entreprise dans le temps, dans les cycles d'activité, face à des chocs. Ce contrat implicite, c'est s'engager à vivre avec l'entreprise les aléas de la conjoncture et ceux de la concurrence. Ces aléas de la conjoncture peuvent conduire à des périodes de croissance faible et réduite, où la trésorerie se tend, où certains clients peuvent faire défaut, où des pertes peuvent apparaître. La banque relationnelle est, normalement, informée de ces éléments, soit spécifiques, soit généraux, et voit avec l'entreprise comment les vivre. Elle est en général conduite à augmenter ses concours, parfois à intervenir de façon plus durable dans le financement même de l'entreprise. Encore une fois, ceci est la conséquence du contrat implicite : la banque a jugé que le projet de l'entreprise était viable, qu'il pouvait y avoir des aléas, mais que l'entreprise avait les moyens de les surmonter. Le contrat de la banque relationnelle peut être également mis à l'épreuve dans une situation de choc, choc pétrolier, choc terroriste, choc technologique, choc concurrentiel si tel concurrent se délocalise ou si tel autre arrive sur le marché. Dans tous ces cas, la

banque soutient l'entreprise qui souffre pendant un temps de conditions concurrentielles plus difficiles, de marges plus réduites et qui doit, en même temps, réagir, riposter, par des efforts publicitaires et commerciaux, par de nouveaux investissements, par des délocalisations, par des réorganisations... Ce faisant, la banque fonctionne en lieu et place du marché. Ou, plus exactement, elle le complète. Dit autrement, entreprises et marchés forment un ensemble dynamique, plus exactement le marché commence où s'arrête la firme, et dans le temps il s'étend avec elle. Arrêter cette relation banque-entreprises, c'est donc arrêter ce lien de complémentarité substitution entre marché et firme. Il faut y prendre garde.

À l'autre extrême de ce modèle de la banque relationnelle se trouve la banque à l'acte. C'est l'idée de faire un crédit ponctuel, pour financer un investissement particulier. Ou bien c'est l'idée de permettre à une entreprise d'en acheter une autre. C'est l'idée de fournir les moyens à certains de ses cadres dirigeants d'en devenir les propriétaires. Dans chaque cas, on comprend que l'opération est délimitée, non reproductible, et représente un risque spécifique plus important. Dans chaque cas, elle est aussi un complément au fonctionnement normal du marché.

La banque relationnelle, en théorie, devrait donc offrir des taux d'intérêt plus faibles mais plus réguliers que la banque à l'acte, mais, même dans une situation de bonne conjoncture, ils pourraient se situer un peu au-dessus que ceux de la banque à l'acte s'il lui arrive de faire des prêts de même niveau de risque. En quelque sorte, la banque relationnelle

offre une « assurance de crédit » et son taux d'intérêt de moyenne période inclut une prime d'assurance, celle de faire crédit quand les temps sont plus compliqués. La banque relationnelle pense que son volume stabilisé de revenu lui permettra d'encaisser les chocs. En face, la banque à l'acte accepte des flux d'affaires plus incertains, mais individuellement mieux rémunérés. La première vit avec un nombre donné de client, la seconde doit absolument s'étendre.

**6. On pourrait penser que ce modèle dichotomique fonctionne harmonieusement, en liaison avec l'accroissement de l'entreprise. On pourrait ainsi imaginer que plusieurs banques soient, ensemble, relationnelles, et entrent dans une logique de pool.** Alors, le protocole d'information s'étend à trois, quatre, cinq partenaires. Dans les très grands groupes, les banques relationnelles sont dites « *core banks* », par différenciation avec des banques moins relationnelles ou surtout plus petites (banque de deuxième niveau), ou banques purement à l'acte (avec des logiques opportunistes).

Mais, avec le temps, ce modèle dichotomique devient plus flou. La première raison est que la concurrence bancaire s'étend et que de plus en plus de banques essaient d'entrer dans le premier cercle de l'entreprise. Ceci conduit en général à faire baisser les conditions, ce qui rend moins rentable la relation pour chacun des membres du pool : il y a moins de volumes d'affaires, et son prix unitaire baisse. En même temps, il n'est pas impossible que cette famille élargie devienne plus instable, puisque un de ses membres, ou plusieurs, peuvent décider de la quitter. Il y a donc un lien

pervers, un « *trade off* » disent les économistes, entre la taille de la famille (des banquiers) et la solidité des relations (de financement).

Ce phénomène est particulièrement net en France où de plus en plus de banques d'origine banque de dépôts sont entrées dans le domaine de l'entreprise, ceci sans compter les effets des encadrements du crédit qui, chaque fois, avaient saturé les possibilités de prêt des acteurs déjà installés, ce qui faisait demander à l'entreprise du crédit, du crédit que seul un nouveau venu pouvait offrir. Au coup d'après, avec la reprise économique ou la fin d'un encadrement, la famille s'était élargie. L'abondance du crédit bancaire impliquait que le contrat implicite, vu du point de vue de l'entreprise, devenait moins contraignant. L'entreprise demandait, de plus en plus, à ses banquiers « relationnels » les conditions de taux que, pour un même niveau de risque, lui donnerait une banque « opportuniste ». Le prix de la fidélité disparaissait, un prix qui valait pour la durée du cycle. Dans une telle situation, les banques fidèles ou relationnelles voyaient augmenter leurs risques, en même temps que diminuaient leurs marges.

Les résultats des banques montrent très directement ce type de situation : les banques anglaises ont pratiquement abandonné le financement des entreprises risquées, sauf à leur faire payer des taux d'intérêt très élevés. Les banques allemandes viennent d'opérer des réorganisations de leurs portefeuilles clients, étant prises en étau entre la concurrence des banques régionales d'une part, et de l'autre par les grandes banques internationales. Le modèle bancaire allemand, qui est, ou était, par-

tie prenante du modèle rhénan, bascule. Les banques américaines ont en général des marges élevées, non seulement sur les clients particuliers, mais aussi sur les clients entreprises. Ceci leur permet d'avoir à la fois une bonne rentabilité et une bonne valorisation boursière, de fortes prises de risque, une importante réactivité du tout.

À titre d'exemple, à l'heure actuelle, pour un euro de fonds propre, les banques allemandes ont une rentabilité de l'ordre de 8 à 10 % et une valorisation boursière de 1 euro. Les banques françaises ont une rentabilité de l'ordre de 15 % et une valorisation de cet euro de fonds propres qui va de 1,1 à 1,3. Les banques espagnoles ou anglaises ont des rentabilités de 20 à 25 % avec une valorisation de cet euro de fonds propre qui va de 2 à 2,5. Dans cette situation, on comprend très bien que les banques françaises, qui vont mieux que les banques allemandes, ne peuvent évidemment pas se développer facilement par achat de titres en Angleterre, en Espagne ou aux États-Unis.

Tout ceci n'empêche évidemment pas les PME de critiquer leurs banquiers, ou les médias de parler constamment de « crédit crunch ». Mais il faut regarder les chiffres et savoir que la rentabilité moyenne des fonds propres dans les activités bancaires à destination des particuliers est de l'ordre de 20 à 25 %, et celle à destination des PME est au plus du tiers, soit 7 à 8 %, ceci incluant la rentabilité des comptes des dirigeants. Il faut également savoir que le tissu des PME françaises peut connaître un niveau élevé d'endettement, mais que ceci tient également à la pression fiscale ou à la formation des salaires. Les banquiers, dans la réalité des faits, prennent très

largement part au risque de la croissance et du financement des entreprises en France. Les banquiers, cela veut dire : avec les actionnaires, les salariés, les fournisseurs et les autres clients.

**7. Dans un tel contexte, on voit comment peut évoluer le système.**

— La première voie est celle de l'excès de zèle. Il peut y avoir de plus en plus de banquiers « opportunistes » qui tentent d'entrer dans le système de financement, au niveau des banques de référence. La part de chacun diminue, donc sa marge absolue, en même temps que les possibilités de sortie de chacun, donc le risque des autres. Mais on nous dira que le pool est collusif, alors que la concurrence des conditions est tellement saine ! En réalité, les économistes pensent qu'il peut y avoir une très forte concurrence dans un pool, et que la concurrence peut être parfois destructrice.

De période en période, les banques souffrent ainsi, en moyenne, dans le secteur des PME, ou dans tel domaine, et décident de l'abandonner. Il s'étirole alors, se délocalise, se concentre, avant que les entreprises les meilleures acceptent de revoir à la hausse les conditions de crédit, crédit dont elles ont tant besoin.

— La deuxième voie est celle du cartel. Les entreprises bancaires s'entendent, les taux sont élevés, et la croissance des firmes en est freinée. Elles cherchent des crédits, mais n'en trouvent pas. Sauf que, ce cartel n'est pas durable. Il est, comme disent les économistes, contestable. Une entreprise anglaise fera un crédit, ou une entreprise allemande... dans le cadre européen. Le marché unique européen fait que le concept

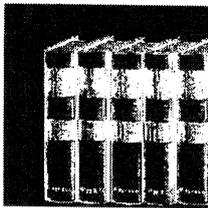
de « marché du crédit », entendu dans un contexte local, a de moins en moins de sens. L'entreprise est devenue plus mobile, dans son financement, que la firme bancaire.

— La troisième voie est celle de la bataille des alligators. Tous sont calmes dans l'étang, pas un ne bouge, tous s'observent. Les marges sont faibles, mais stabilisées. Puis vient un bruit, ou un nouveau, ou une innovation, et l'un bouge, l'autre réagit, et c'est le carnage. La bataille des conditions se produit avec, pendant un temps, des entreprises qui se demandent si elles ne vivent pas un rêve. Puis des alligators meurent, puis les autres se fatiguent et se blessent, puis certains pensent qu'il est temps de s'arrêter. Et le calme revient dans le marigot... concentré.

— La quatrième voie est celle de la gouvernance des relations bancaires. Le marché, laissé seul, fabrique des anémies ou de terribles secousses, et le cartel produit des excès. Il s'agit donc de travailler sur des protocoles qui permettent l'échange d'informations, le partage d'idées et de risques. Les techniques actuelles de calcul du risque permettent, avec des modèles mathématiques, de mesurer et de réduire le risque, mais, plus fondamentalement, par des protocoles informationnels. Il s'agit surtout de se dire que le système de financement est structurant pour l'économie, ont dit « systémique », et qu'il n'est pas bon de l'affaiblir, de réduire sa capacité à prendre des risques, à escorter les firmes dans les aléas de la vie. Arrêter du crédit, freiner une banque, c'est arrêter le complément du marché, son extension. Le profit bancaire a toujours lieu avant le cycle, comme maintenant, et quand on a oublié les per-

tes passées. Et l'on parle aujourd'hui de « trésor de guerre » ! Il y a un mot de vrai dans l'expression, c'est « guerre ». C'est ce trésor qui sera consommé dans la concurrence, dans l'innovation, dans la bataille de la croissance et de l'emploi.

Si les banques gagnaient toujours, elles seraient toujours en tête, sur une longue période, des succès financiers : or ce n'est pas vrai. Comme ce n'est vrai pour personne. En revanche, il ne peut pas y avoir de système économique dynamique, avec croissance et emploi, sans banques rentables, pour prendre des risques, et aujourd'hui encore plus qu'hier, c'est-à-dire pour prolonger, remplacer, les marchés. Et, pour cela, il faut que l'environnement, au sens large du terme, le comprenne.



Cette *comedia del arte* due au talent de notre collègue Jean-Paul Betbèze est pleine de personnages de comédie, qui sont en même temps tout en nuances. Qu'est-ce que le juriste doit ou peut penser de cet univers composite ?

Ce qui le frappe, c'est déjà une tonalité particulière, par-delà même les précisions chiffrées du discours de l'économie : l'argent, dans l'histoire des sociétés rend mobile et peut-être heureux. Des préhistoriens et des anthropologues ont d'ailleurs récemment découvert que l'homme nomade était plus sain, donc sans doute plus heureux que l'homme sédentaire, pour autant que l'on croit à la bonne santé du bonheur. C'est ensuite l'histoire d'un monde incertain : il suffit de se rappeler ce qui a été dit des performances des sociétés cotées, des chances pour une entreprise de se redresser, des calculs économiques qui se révèlent faux. C'est enfin une quête de l'information jamais assouvie, car, si elle réduit l'incertitude, elle la réduit dans des limites jamais assignables à l'avance.

En regard, le monde du droit peut paraître tout différent, contenu en des règles strictes, dans un univers qui peut passer pour psychorigide en comparaison de la souplesse du commerce de l'argent.

Pourtant, à y bien réfléchir, le choc des cultures n'est peut-être pas aussi considérable. Il n'y a pas d'un côté la nature souple et féline de la banque et de l'autre la logique unidimensionnelle et rigide du droit. D'abord parce que toutes les décisions bancaires s'inscrivent dans des contrats que les banques souhaitent voir respecter et que

le fonctionnement bancaire use implicitement de cette prévisibilité que permet le droit. Ensuite parce que le droit n'est pas seulement ce que les parties ont décidé. C'est aussi ce que l'ordre public impose. Même si le banquier n'a pas forcément présent à l'esprit de manière consciente cet ordre public, il le vit naturellement comme une contrainte qu'il intègre dans son calcul économique.

Cette proximité relative des mondes une fois dite, un certain dialogue devient possible et certaines questions proprement juridiques peuvent être évoquées. On en identifiera trois, le soutien abusif, la faillite et l'information.

## I. Le soutien abusif

Jean-Paul Betbèze se demande : où s'arrête le soutien ? Où commence l'abus ? Il est vrai que, dans les relations de la banque et de l'entreprise, cette question est permanente et est à l'arrière-plan d'un certain nombre de décisions de la banque. En effet une jurisprudence traditionnelle française accepte que les créanciers d'une entreprise puissent reprocher à une banque d'avoir soutenu financièrement l'entreprise, qui n'avait aucune chance de survivre. Le crédit ne pouvait que prolonger artificiellement la vie de l'entreprise, différer la cessation des paiements et conduire à une augmentation du passif. Certes, cette jurisprudence n'est pas si traditionnelle que cela. Elle date d'une quarantaine d'années et avait été jugée scandaleuse par les milieux bancaires de l'époque, comme portant atteinte à l'appréciation discrétionnaire des risques par la banque. Mais cette jurisprudence a été dès

le début habilement encadrée par la Cour de cassation, si bien que le scandale semble avoir disparu. Il serait d'ailleurs intéressant de savoir si une telle jurisprudence existe dans les pays étrangers. Mais son principe ne fait plus problème : il fait d'ailleurs si peu problème en France, qu'il peut être étendu à d'autres créanciers et qu'il l'a été récemment par la Cour de cassation à une caisse de mutualité sociale agricole, qui avait conféré à une entreprise une apparence trompeuse de solvabilité par les délais qu'elle lui avait accordés.

Ce thème est, on l'aura senti, intimement lié à la faillite du débiteur : car le préjudice dont vont se plaindre les créanciers est la faillite du débiteur, qui fait que les créanciers ne sont pas complètement payés. Où il apparaît bien que pour le juriste la faillite est un point cardinal du temps juridique. Ce que la banque appelle risque s'appelle souvent faillite pour le juriste.

Mais cette question est aussi liée au problème de l'information. Il va de soi que la responsabilité de la banque n'est engagée que si elle a commis une faute dans le cadre d'une action en responsabilité civile. La faute n'existera que si la banque détient l'information de la situation véritable de l'entreprise débitrice ou aurait dû la détenir. Il est vrai que l'appréciation par le juge de l'information connue ou de celle qui aurait dû être connue jouera un grand rôle et que cette appréciation doit être particulièrement réfléchie, dans la mesure où elle pose la limite du risque bancaire acceptable pour la société dans son ensemble.

La société est cependant en train d'évoluer sur ce point, car un nouveau texte du projet sur la sauvegarde des entreprises prévoit à l'article L. 650-1 du Code de commerce que ce soutien abusif ne se rencontrera plus que dans certains cas exceptionnels (fraude, immixtion...).

## **II. La faillite**

**I**l y a déjà cette période grise, quand la situation n'est pas claire, quand les actionnaires et les créanciers sont dans l'incertitude et qu'il leur faut parier sur l'avenir. Et il est vrai qu'après les « experts rétroactifs » abondent souvent, comme le dit Jean-Paul Betbèze. Dans un autre registre, le législateur fait parfois aussi preuve d'une même certitude excessive, cette fois en amont. Ceci a été le cas en 1985, où il fut obsédé par le bon sentiment du redressement. Maintenant, dans l'agitation des idées qui précèdent une nouvelle réforme de la loi sur la faillite, la prévention est parée de toutes les vertus. Qu'elle soit un impératif utile et nécessaire, nul ne peut en disconvenir. Mais cet impératif est présenté comme d'une rationalité exemplaire, comme ce fut le cas pour le redressement de 1985. Ne faudrait-il pas que la loi abandonne plus la prévention aux parties, qui parieront ensemble sur un avenir difficile, comme elles savent le faire dans la vie courante ?

La faillite fait ensuite penser à cette demande de plus en plus insistante de la « deuxième chance » de la part des dirigeants des entreprises en faillite. Cette demande a rapport avec le risque, car elle pose la question de la limite du risque. Que des sanctions existent et soient appliquées,

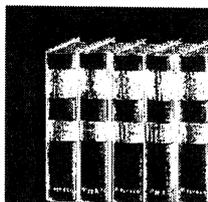
rien de plus normal. Mais faut-il aller au delà ? On sait que les dirigeants d'entreprises en faillite trouvent moins facilement du crédit auprès des banques qui, bien informées, savent leurs mésaventures passées. La Banque de France pratique en effet une lecture attentive du BO-DACC et des journaux d'annonces légales et dispose d'une information spécifique qu'elle livre seulement aux banques. Le bulletin B3 du casier judiciaire, transmissible à l'intéressé, ne comprend que les sanctions pénales les plus graves. Faut-il de même ici interdire ou limiter ce fichier bancaire ? Le problème semble malgré tout différent et une solution différente se comprend. On notera tout de même au passage que, quel que soit le jugement porté sur ce type de fichier, qui diminue le risque pour certains acteurs économiques, ce fichier est en lui-même le signe que les banques ont le sentiment qu'une partie des faillites n'arrivent pas par hasard.

## **III. L'information**

**L'**information est le thème clé du propos de Jean-Paul Betbèze. On voit bien le jeu difficile de cache cache, auxquels se livre la banque et l'entreprise. L'entreprise ne veut pas tout dire, la banque ne veut pas dire qu'elle a tout compris. Et même si l'entreprise voulait tout dire, elle ne le pourrait pas, car elle ne sait pas tout.

Le concept de banque relationnelle est plein d'intérêts. Comme il a été montré, cette relation peut évoluer, ce qui est le propre de toute relation quelle qu'elle soit. Mais en même temps cette relation interroge le juriste sur deux aspects proprement juridiques.

D'une part quel est ce contrat implicite de la banque relationnelle et de l'entreprise. Est-ce une manière de parler ? Ou plus ? D'autre part quel est le contenu de cette relation ? Une relation qui étreint trop ne crée-t-elle pas des conflits d'intérêts ? Quand la banque est à la fois actionnaire, obligataire et prêteur de la même société, comme cela se rencontre parfois, la logique juridique se cherche et il n'est pas sûr que la décision économique soit une décision juste dans l'océan de l'offre et de la demande dont parlait un vieux mythe... Ces interrogations n'ont pas d'autre intérêt que d'accompagner un phénomène économique. Mais elles posent en même temps des questions de valeurs juridiques. Comme si l'analyse juridique de l'économie n'était pas devenue complètement caduque.



# QUELLES FINALITÉS POUR LES PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES ?

**JEAN TIROLE**

Directeur scientifique de l'Institut économique industrielle  
Professeur à l'Université des sciences sociales de Toulouse

À titre liminaire, il faut préciser en premier lieu que la protection de la propriété intellectuelle (PPI) a toujours eu pour objectif d'arbitrer, de manière fine, entre deux objectifs contradictoires : d'un côté, la création d'un environnement propice à l'innovation — où il s'agit finalement de donner une rente « incitative » aux innovateurs — et d'un autre côté, la diffusion de cette innovation, soit au consommateur final, soit à d'autres innovateurs afin d'encourager l'innovation en aval.

Le droit de la propriété industrielle est en deuxième lieu très instrumentaliste puisqu'il crée un mécanisme d'incitation. N'est en effet brevetable que ce qui est utile, non-évident et fait preuve de nouveauté. Cela signifie que si le coût de création de cette innovation est faible, son auteur ne devrait pas avoir droit à une rente importante. On est donc réellement au sein d'un mécanisme incitatif.

La propriété intellectuelle est en troisième lieu en pleine expansion, notamment dans le domaine des logiciels, du *hardware*, des médicaments, des *media contents*, etc. Cependant, elle fait face à de nouveaux défis, tels que la croissance rapide du nombre de brevets, ou les dysfonctionnements des offices de brevets qui aujourd'hui commettent de nombreuses erreurs et délivrent des brevets de qualité médiocre (il faut cependant reconnaître que les nouvelles technologies ont toujours posé des difficultés nouvelles, que les offices de brevet n'ont pas immédiatement les connaissances requises pour résoudre).

Il existe en quatrième lieu de nouveaux modes de partage

avec le retour en force des pools de brevets et le développement d'une nouvelle méthode de production avec les logiciels libres, deux phénomènes récents sur lesquels portent de nombreuses discussions.

Notons enfin et en cinquième lieu que le brevet n'est qu'une forme de protection parmi d'autres. Les récompenses, le secret de fabrication, le droit d'auteur, sans oublier la protection naturelle accordent également une certaine protection.

Avant d'aborder les aspects économiques de la question, il convient d'exposer et de prendre en considération la manière dont le droit de la concurrence protège la propriété intellectuelle.

## **I. Exposé et appréciation économique du droit de la concurrence appliqué à la protection de la propriété intellectuelle : le passage par la théorie des infrastructures essentielles**

Les autorités de la concurrence interviennent de plus en plus dans la protection de la propriété intellectuelle par le biais des licences obligatoires, des demandes de publication des interfaces et de l'interopérabilité. Parallèlement un autre style de droit se développe, le droit des infrastructures essentielles, lequel se fonde sur la théorie économique de l'exclusion. Les autorités de la concurrence identifient les infrastructures essentielles, encore appelées « goulots d'étranglement », et peuvent demander aux propriétaires de ces goulots de fournir l'accès à un certain prix et à une certaine qualité. Or il existe un lien entre l'intervention des autorités

de la concurrence dans la protection de la propriété intellectuelle et la considération des infrastructures essentielles.

La définition des infrastructures essentielles (ou goulots d'étranglement) est rappelée par exemple dans la décision de la Cour de justice des Communautés européennes du 29 avril 2004 (IMS (Intercontinental marketing services)) (1). L'infrastructure essentielle est un *input* essentiel, c'est-à-dire un *input* indispensable pour produire en aval. Le caractère indispensable est au cœur de la définition. Le fait que l'utilisation par un concurrent d'une facilité soit moins coûteuse pour lui qu'un autre mode d'accès au marché aval ne suffit pas pour transformer cette facilité en « facilité essentielle », et ne lui confère donc pas un droit d'accès à la facilité qu'il pourrait opposer au propriétaire de celle-ci.

L'infrastructure essentielle est possédée par une entreprise en position dominante, qui n'a aucune raison objective d'en refuser l'accès. À l'inverse, si l'entreprise a des raisons objectives de refuser l'accès au tiers, par exemple le manque de capacité ou l'incompatibilité technologique, le droit ne le contraindra en principe pas.

Cette notion d'infrastructure essentielle est liée à la définition économique de l'exclusion. L'exclusion est souvent définie comme un comportement à travers lequel une entreprise en position dominante refuse ou limite l'accès à un *input* essentiel à des utilisateurs potentiels, afin d'étendre son pouvoir de marché à partir du segment monopolisé pour obtenir un effet d'exclusion sur le segment complémentaire.

(1) *Aff. C-418-01.*

Typiquement, il s'agit d'une situation où le contrôle d'une infrastructure essentielle (ou un goulot d'étranglement) en amont permet la création d'un monopole en aval dans un secteur où il existe une concurrence potentielle. L'exemple classique est celui de la boucle locale dans les Télécom. Le goulot d'étranglement est la boucle locale elle-même (2), mais la concurrence est envisageable évidemment dans d'autres segments comme la longue distance, l'international, l'accès internet, etc. Bien entendu, la concurrence dans ces segments complémentaires n'est possible que dans la mesure où les concurrents ont accès à la boucle locale.

Les comportements condamnés par les autorités de la concurrence ou par les régulateurs sont de deux ordres. Ce sont en premier lieu des comportements dans lesquels le propriétaire d'un goulot d'étranglement est intégré verticalement et commet un refus de vente, invoque une incompatibilité technologique ou demande un prix très élevé au concurrent en aval.

Les comportements condamnés par les autorités de la concurrence correspondent en second lieu à des situations où le propriétaire d'un goulot d'étranglement ne réserve pas pour lui le seul usage de la facilité essentielle, mais signe un contrat quasi exclusif ou accorde des licences discriminatoires avec un fournisseur aval.

Le cas de la boucle locale ou celui du réseau de transport en électricité sont des exemples de facilités essentielles qui sont expressément visés par les réglementations et les régulateurs. Le droit de la concurrence offre lui aussi de nombreux exemples de ce type. L'un des plus vieux

exemples est celui de l'arrêt américain de 1912, Terminal RR. Un consortium de chemin de fer desservait la ville de Saint-Louis et possédait les ponts, les voies et la gare de Saint-Louis. La Cour suprême a jugé qu'il s'agissait là d'une infrastructure essentielle (*essential facility*), c'est-à-dire à ce point coûteuse qu'elle ne pouvait être dupliquée par l'action spontanée d'un autre opérateur. Il n'existait en outre aucune raison particulière de refuser l'accès, ni manque de capacité, ni incompatibilité technologique, si bien que les juges ont ordonné une mise à disposition sous forme de partage structurel d'accès au consortium possédant ce pont, ces voies et cette gare.

En Europe, l'un des premiers cas remonte à 1973 et concernait un fabricant de matière première, Commercial Solvents (3). On trouve ensuite un certain nombre d'arrêts relatifs aux systèmes de réservation par ordinateur par exemple en 1984 aux États-Unis mais aussi le cas Sabena en Europe. Il y eut également un certain nombre de marchés de gros, par exemple l'arrêt Gamco aux États-Unis en 1953 ou New-York Stock Exchange en 1963. Un certain nombre de cas de structures d'infrastructures essentielles ont ensuite concerné des stades, des ports, des aéroports et des tunnels. En Europe il y eut Sealink, Port de Roscoff, Rodby. Citons ensuite les cas des réseaux ferrés, des réseaux de transport de l'électricité, de la boucle locale puis enfin, les cas des services après-vente avec Volvo, Kodak et Xerox.

Les tribunaux ont mis en place deux types de solutions (*remédies*) pour combattre ce type de comportements : tout d'abord des remèdes structurels, tels que la

propriété commune et la séparation structurelle, puis des remèdes consistant en l'imposition d'un prix d'accès ou la régulation de la qualité (comme par exemple pour les systèmes de réservation par ordinateur (SRO)).

Aujourd'hui, la jurisprudence révèle un léger contraste entre les États-Unis et l'Europe. En effet, en 2004, aux États-Unis la Cour suprême, dans l'arrêt Verizon-Trinko (4), affirmait qu'elle n'avait jamais reconnu la notion d'infrastructure essentielle. Ce faisant, elle commettait un certain nombre de contorsions. La décision elle-même est par moment assez comique car pour montrer qu'elle n'avait jamais utilisé la notion d'infrastructure essentielle, elle requalifie en acte de prédation l'arrêt de 1985, Aspen skiing (5), liée à un refus de vente commune de tickets de passage de ski à la journée. Elle s'est également inspirée d'un arrêt de 1973, Otter Tail Power (6), lequel portait sur l'accès à un réseau électrique. Elle avait alors déclaré que le transport de l'électricité est un bien intermédiaire qui n'était pas vendu au consommateur final. Au final, la société Otter Tail Power fournissait l'électricité elle-même mais ne la vendait pas au consommateur final. Voilà un argument pour le moins bizarre, notamment si l'on transpose le raisonnement au brevet. Cela signifie en effet que celui qui exploite son brevet lui-même ne rencontre pas de problème et en conserve la propriété, c'est-à-dire l'avantage exclusif. En revanche, la petite entreprise de technologie qui confie par le biais d'une licence l'exploitation de son produit à un tiers qui a des compétences de production et de marketing bien supérieures aux siennes, une compagnie pharmaceutique

(2) Au moins jusqu'ici. Le monopole de l'opérateur historique sur la boucle locale est affaibli par l'évolution technologique.

(3) CJCE, 14 mars 1973, *Continental Solvents Corporation c/ Commission*, Celex No 67300006.

(4) 13 janvier 2004, *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko*, 2004 WL 51011 (U. Sup. Ct.).

(5) *Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 US 585 (1985).

(6) *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 US 366 (1973).

par exemple, doit automatiquement donner des licences à d'autres compagnies. Cette décision de la Cour suprême est donc fort difficile à comprendre, car à première vue les deux situations pour les concurrents sont similaires — que le titulaire de la facilité essentielle (et donc par exemple d'un brevet) exerce seul son pouvoir d'exclusivité ou qu'elle ne donne qu'à un seul. En distinguant fondamentalement selon les deux schémas la Cour suprême est donc difficile à suivre.

D'autres arguments plus pertinents ont d'ailleurs été avancés par la Cour suprême dans l'arrêt Verizon-Trinko précité, car les magistrats évoquent les coûts supportés par Verizon, propriétaire de la boucle locale, et qui devaient être compensés par les concurrents. Elle retient également que « les moyens d'exclusion illicite, tout comme les moyens de compétition légitimes, sont pléthoriques ». Rappelons enfin que la régulation par la NYPSC (New York Public Service Commission) et la FCC (Federal Communications Commission) réduit la probabilité de comportement nuisible à la concurrence.

Si l'on réfléchit à ce que représente la propriété intellectuelle, il s'avère qu'elle est très souvent une infrastructure essentielle au sens du droit de la concurrence. Pourquoi ? Si l'on prend plus particulièrement l'exemple du brevet, celui-ci ne se duplique pas aisément. Si le brevet est très innovant, on ne peut pas le contourner facilement. Un brevet est possédé par une entreprise en situation dominante puisqu'il ouvre droit à un monopole. Enfin, le coût de partage d'un brevet et quasiment nul.

On entre alors dans une situation paradoxale en droit avec, d'une part, le droit de la propriété intellectuelle qui protège le brevet en conférant une rente à son propriétaire ou à son détenteur (sauf cas exceptionnel, le détenteur d'un brevet a le droit de disposer du brevet comme il l'entend) et, d'autre part, la théorie de l'infrastructure essentielle qui veut que celui qui dispose de l'infrastructure essentielle, la partage, contre compensation correcte, avec les autres parties en aval. Il existe donc une tension très forte entre deux domaines du droit actuellement (7). Certaines décisions ont, d'ailleurs et en quelque sorte, remis en cause la propriété intellectuelle en assimilant cette dernière à une infrastructure essentielle. Ainsi, en 1995, dans l'arrêt Magill (8), la Cour de justice européenne statue sur un litige opposant trois chaînes de télévision — dont la BBC — et un guide TV hebdomadaire irlandais. Les trois chaînes refusaient au guide général TV l'accès à leur grille de programme. Les magistrats de la Cour de justice européenne reconnaissent l'abus de position dominante et ordonnent aux trois chaînes intimées d'offrir au guide TV irlandais l'accès à cette programmation, dans la mesure où il existait une demande claire et non satisfaite pour un produit adjacent. Autrement dit, si la BBC et les autres chaînes irlandaises avaient produit elles-mêmes un guide généraliste, l'accès n'aurait pas été possible. Voilà encore une fois une décision bizarre, puisque ce raisonnement distingue deux situations selon un critère qui n'a pas de pertinence au regard des concurrents exclus. On peut également se poser la question de savoir pourquoi la BBC et les autres

chaînes ne produisaient pas ce guide généraliste. C'est-à-dire, dans la mesure où elles ne le produisaient pas, pourquoi n'accordaient-elles pas de licence à Magill ? D'un point de vue économique, cette décision n'est pas très bien fondée.

Dans une autre affaire récente en date du 29 avril 2004, IMS Health (9), la Cour de justice européenne a été appelée à trancher un litige opposant IMS Health à l'un de ses concurrents potentiels. IMS Health est fournisseur d'études, en particulier à destination des laboratoires pharmaceutiques. En Allemagne, ces études sont basées sur un découpage géographique du pays en 1860 zones. IMS est titulaire d'un droit d'auteur sur ce découpage. Or un concurrent réclamait l'accès à ce découpage pour pouvoir faire ses propres études et les vendre ensuite aux laboratoires pharmaceutiques. IMS a refusé. La Commission européenne est intervenue pour donner l'accès et l'affaire est montée jusqu'à la Cour de justice européenne qui a rendu cette décision en 2004 et a renvoyé les choses au Landgericht. La question était la suivante : dans quelle mesure IMS, qui effectivement détenait un droit d'auteur, avait-il le droit de refuser l'accès à ce découpage ? C'est là une question empirique sur laquelle personne n'a vraiment de vision très claire. Pouvait-on finalement utiliser un découpage un peu différent ? Nul ne le sait. Supposons que l'on ne puisse pas utiliser un découpage différent. Une question intéressante est alors de savoir comment ce découpage a été obtenu. Il y avait deux éléments. Tout d'abord, une bonne partie du découpage était basée tout simplement sur des codes postaux et des frontières administratives. Par

(7) Or, comme nous allons le voir, en économie, cette tension n'existe pas.

(8) CJCE, 6 avril 1995, Magill, RfDA n° 165, juillet 1995, p. 173 et s.

(9) V. Johanne Peyre, *Revue Lamy concurrence* n° 1, novembre 2004-janvier 2005, p. 26-28.

ailleurs, des améliorations avaient été portées à ce découpage au sein d'un groupe de travail comprenant IMS et des laboratoires pharmaceutiques. Le fait est important, car il montre que les laboratoires pharmaceutiques avaient investi de façon commune pour améliorer le découpage et le rendre plus utile. On peut en revanche se demander pourquoi ils n'avaient pas alors demandé la propriété partagée de ces droits d'auteur.

Dans son arrêt, la Cour européenne de justice élimine l'argument de ventes séparées que l'on trouve par exemple dans la décision Verizon-Trinko et qui a été évoquée plus haut. Le fait que ce soit un « *input* essentiel » qui n'est pas vendu à un consommateur final suffit. Il peut donc y avoir une infrastructure essentielle même s'il n'y a pas de vente à un consommateur final ou intermédiaire, et même s'il n'y a pas de vente séparée. La Cour européenne de justice affirme également la pertinence de l'investissement des utilisateurs. Elle considère, à juste titre, qu'il est nécessaire de tenir compte du fait que l'investissement ne provient pas seulement d'IMS mais également des utilisateurs. Enfin, de façon un peu plus étonnante, elle réaffirme la validité de l'argument d'un produit nouveau. Ceci signifie qu'elle ne se prononce pas sur le fait mais du point de vue du droit dit que le Landgericht ou toute autre autorité appelée à se prononcer sur ce cas, doit se demander si le concurrent d'IMS va proposer un produit nouveau. S'il propose un produit qui est similaire au produit qui est proposé par IMS, dans ce cas-là, l'accès ne peut être donné. C'est là une solution qui nous semble critique.

## **II. Approche plus strictement économique de l'articulation entre le brevet et les impératifs économiques**

L'approche économique est une approche très instrumentaliste. Tout en se montrant respectueux de la propriété intellectuelle, les économistes finalement n'y voient rien de sacré et la considèrent comme un moyen. Mais dès lors que l'on aborde un cas d'infrastructure essentielle, il faut se poser la question de savoir pourquoi le propriétaire d'une infrastructure essentielle — qu'il s'agisse d'un brevet, d'une boucle locale ou autre — a une incitation à exclure soit en gérant la production en aval lui-même, soit en concluant un contrat de licence exclusive avec une autre entreprise qui se trouve en aval.

La réponse est très simple et c'est une réponse de bon sens. Si une licence est accordée à un certain nombre d'entreprises en aval, ces entreprises vont se faire concurrence et il y aura dissipation de profit. Nécessairement, l'entreprise en amont en subira les conséquences car sa propriété n'aura pas beaucoup de valeur. Le raisonnement est identique à celui du droit des franchises : si par exemple Mac Donald décide d'accorder une franchise, beaucoup seront prêts à payer pour l'obtenir, mais uniquement s'il s'agit d'une franchise exclusive. Si Mac Donald décide en revanche de distribuer de nombreuses franchises, plus personne n'en voudra. Ainsi, il peut y avoir une dissipation de profit par la concurrence. De même, si un laboratoire pharmaceutique donne une licence à beaucoup d'entreprises en aval pour fabriquer et commercialiser un médica-

ment, ce médicament va se vendre à un prix quasiment nul puisque le coût de production est quasiment nul. Donc, la concurrence en aval détruit les profits amont et c'est pour cette raison que l'entreprise amont a un intérêt à exclure.

L'intérêt à exclure est indéniable mais toute la difficulté est de déterminer si l'exclusion elle-même est licite. D'un point de vue économique, toute la difficulté est de savoir si d'une part, on a une infrastructure essentielle et pourquoi d'autre part cette propriété en amont est un monopole.

Le caractère d'infrastructure essentielle peut résulter d'un monopole légal. Par exemple la puissance publique a accordé à quelqu'un le droit exclusif sur un port ou un aéroport. Dans cette hypothèse, on ne peut repérer aucun mérite, en ce sens que la création du port ou de cet aéroport ne peut pas être rapportée au mérite de celui qui l'exploite. Alors, le profit de monopole n'a pas de raison d'être particulière. Bien entendu, il va falloir compenser le propriétaire du port ou de l'aéroport pour ses investissements mais il n'existe aucune raison particulière d'admettre des profits qui soient bien supérieurs à la récompense naturelle, aux rendements naturels sur le capital.

Deuxièmement, le monopole peut provenir d'économies d'échelle pure, comme dans l'arrêt Gamco de 1953 de la Cour suprême, qui concernait un marché de gros à Providence, ou dans l'arrêt Otter Tail de 1973. Dans la mesure où la duplication ne peut s'opérer, par exemple parce qu'on ne peut pas avoir deux marchés de gros dans la ville, simplement pour des questions de rendement

d'échelle, il faut veiller à un certain partage de l'accès à ce réseau.

Il peut ensuite exister des externalités de réseau, qui sont fréquentes dans les logiciels et dans d'autres secteurs. Ces externalités créent souvent des situations de monopole. La situation est alors beaucoup plus compliquée. Les externalités de réseau pures créent des situations de monopole qui ne sont pas particulièrement méritées. En revanche, les entreprises de logiciels peuvent avoir investi pour créer ces externalités de réseau, notamment par le biais des prix de pénétration du marché. [Les prix de pénétration de marché sont des prix qui ne rentrent pas dans les coûts et qui sont donc des subventions à des produits complémentaires]. Ainsi, il ne suffit pas simplement de constater qu'il existe un monopole profitant des externalités de réseau, il faut aussi bien regarder si ces externalités de réseau ne sont pas créées par des investissements substantiels.

Enfin, il est des situations de monopole créées par des investissements et par l'innovation. Ces situations de monopole doivent être récompensées et il ne faut pas exproprier ceux qui ont eu le mérite de faire les investissements une fois que ceux-ci ont été menés. Il s'agit là d'une vision schumpétérienne, laquelle consiste à reconnaître l'utilité de l'innovation et de l'investissement tout en tolérant des situations de pouvoir de marché. Certes, aucun économiste n'aime les situations de monopole, dans la mesure où elles créent des distorsions, mais ils tolèrent des distorsions de monopole afin d'inciter les investissements.

Ainsi, lorsque l'on crée un logiciel qui a des millions de li-

gnes de code, ou un médicament qui coûte (en moyenne) des dizaines de millions d'euros et que dans les deux cas le coût marginal de production par unité est proche ou égal de zéro, la régulation de ces monopoles effectuée au prétexte que l'on donne accès à la propriété intellectuelle correspondante à des coûts qui sont proches des coûts de production, constitue une expropriation. Elle est mauvaise au regard de l'incitation à l'investissement et à l'innovation.

En définitive, le raisonnement économique est extrêmement simple. Il s'agit de récompenser l'innovation et l'investissement, mais il ne faut pas récompenser les rentes qui ne seraient pas dues à l'innovation et à l'investissement mais uniquement au hasard, à un monopole égal ou simplement à des économies d'échelle pure.

Cette conception justifie l'élaboration d'une sorte de « checklist » pour le traitement des infrastructures essentielles. Il faut d'abord se poser la question du caractère essentiel de l'infrastructure. Si l'infrastructure n'est pas essentielle, autrement dit, si elle peut être dupliquée à un coût relativement raisonnable, il vaut mieux ne pas entrer dans une régulation toujours coûteuse. C'est à cette conclusion qu'avait abouti l'avocat général A.G. Jacobs dans l'arrêt Oscar Bronner en 1998.

Si on conclut en revanche que l'infrastructure est essentielle, la question est alors de savoir si elle doit être partagée. À ce moment-là, un investissement suffisant ou une innovation suffisante peut signifier qu'elle ne devait pas être partagée. C'est exactement ce que dit le droit de la propriété intellectuelle car, qu'on le veuille ou non, le

brevet est souvent une infrastructure essentielle. [Regardons en effet les critères : un brevet est innovant si l'innovation en question n'est pas facilement accessible même à l'expert et si elle améliore réellement l'état des connaissances. Cela suggère l'existence d'un investissement substantiel, c'est-à-dire on raisonne en terme instrumentaliste en donnant une rente pour encourager ceux qui investissent].

Enfin, si on conclut que cette propriété devra être partagée, on doit décider d'un prix d'accès et on touche là un point délicat. L'expérience du régulateur de télécommunications ou d'électricité est tout à fait significative des difficultés rencontrées dans la détermination d'un prix d'accès. Elle a révélé que la tarification d'accès sur la base des coûts marginaux est, d'un point de vue théorique, théoriquement douteuse dans la mesure où si cette position de monopole existe, c'est parce que le secteur concerné est généralement à forts coûts fixes et à faibles coûts marginaux. La fibre optique, les productions de médicaments, la reproduction des logiciels par exemple, sont à un coût marginal quasiment nul.

Il faut ensuite réguler le taux de rendement. Comment font les régulateurs en pratique ? Ils calculent le capital non amorti et le multiplient par le rendement du capital de marché, pour arriver à un taux de rémunération souhaitable. Ils calculent ensuite les prix d'accès sur cette base.

En droit de la concurrence, le calcul des *royalties* ou des redevances est très compliqué dans la mesure où, évidemment, les juges n'ont pas forcément accès à toutes les données. Ce calcul est d'autant plus compliqué dans les

entreprises risquées ou dans le cadre d'une innovation car il faut alors tenir compte de la probabilité que l'innovation ait lieu. Si par exemple un médicament est fabriqué alors qu'il n'a *ex ante* qu'une chance sur dix d'être commercialisé, il faut évidemment un taux de rendement dix fois supérieur au taux de rendement obtenu pour le médicament qui a été commercialisé. En général, les juges se placent en retrait car ils se bornent à préciser qu'une compensation appropriée est nécessaire, mais ils ne la définissent pas. C'est là une différence importante avec les régulateurs qui pour leur part, doivent définir clairement le prix d'accès.

Revenons brièvement à la propriété intellectuelle. La propriété intellectuelle, en droit français et dans la plupart des pays, est traitée de façon très différente de l'infrastructure essentielle, même si souvent, le brevet est lui-même une infrastructure essentielle. La raison est que, souvent, la propriété intellectuelle est basée sur de l'innovation et de l'investissement à condition que les brevets, bien entendu, soient des brevets sérieux. Or ce n'est pas toujours le cas car, comme le révèle le rapport du Conseil d'analyse économique sur la propriété intellectuelle (10), il existe beaucoup de brevets farfelus.

Supposons cependant que les brevets ne soient pas farfelus, ils méritent alors récompense et les facilités essentielles n'impliquent pas une obligation de partage. Cependant, le droit d'exclure est limité et ces limites sont liées en particulier à la notion d'unicité du chemin technologique. Ainsi, dans l'arrêt Lotus v. Borland de 1992, les tribunaux américains ont reconnu que, pour des raisons

technologiques, il n'existait qu'une seule façon de faire une hiérarchie des commandes pour des programmes qui opèrent d'une certaine façon. L'unicité, découlant de la technologie elle-même, obligeait alors Lotus à respecter une obligation de partage avec Borland.

L'unicité du chemin technologique peut également découler de l'investissement des utilisateurs. Ainsi, un chemin technologique qui n'est pas unique *ex ante* peut le devenir *ex post*, du fait de l'investissement des utilisateurs. Reprenons l'exemple d'un clavier Qwerty, cité par le juge Boudin dans l'arrêt Lotus v. Borland (11) : il existe, certes, plusieurs façons de composer des claviers, mais une fois que le choix est fixé sur l'un et que des millions d'utilisateurs ont appris à s'en servir, il n'existe plus qu'un chemin unique. Si quelqu'un présente un clavier différent, il ne pourra faire son entrée sur le marché. Il serait alors tout à fait grotesque que le titulaire d'un droit d'auteur sur un clavier Qwerty (en supposant qu'il existe), puisse exiger une rançon de tout utilisateur de clavier pendant un grand nombre d'années. En effet, il existe là un investissement très important des utilisateurs. C'est pour cette raison que nous approuvons la Cour européenne de justice lorsqu'elle dit, dans l'arrêt IMS, qu'il faut tenir compte de l'investissement des utilisateurs dans cette obligation de partage.

Appliquons, à titre d'illustration, la *check list* précitée à l'affaire IMS. La première question qui se pose est de savoir si l'infrastructure était essentielle. Autrement dit, les concurrents devaient-ils nécessairement utiliser l'infrastructure consistant en une division de l'Allemagne en

1860 zones ou existe-t-il au contraire une alternative ?

En l'absence d'alternative, il faut déterminer si l'infrastructure doit être partagée. Tout dépend alors du niveau d'investissement d'IMS. Une réponse négative s'impose si IMS a effectué un investissement substantiel. Si cet investissement est faible en revanche, l'infrastructure doit alors être partagée.

Il apparaît toutefois, que si cette infrastructure est basée uniquement sur des zones géographiques postales ou autres, il n'existe aucune raison pour qu'IMS rançonne les utilisateurs et les concurrents sur cette base. Si le fait de diviser la Belgique en trois zones linguistiques conférerait un droit d'auteur, ne serait-il pas dénué de sens d'exiger de la part de toute personne qui veut faire une étude de marketing basée sur les trois zones linguistiques de verser des *royalties* à son détenteur ? Ce serait complètement inadéquat dans la mesure où cette division n'implique aucun investissement sérieux. Ainsi, l'investissement engagé est effectivement un critère essentiel sur lequel on ne s'attarde pas suffisamment.

\*  
\* \*

Pour conclure, les principes économiques sont en premier lieu des principes simples car ce sont des principes de bon sens. Les brevets, la propriété intellectuelle, le traitement des infrastructures essentielles, etc., ne sont que des mécanismes économiques. Il faut mettre en regard d'une part, l'incitation à investir et à innover et d'autre part, les coûts qu'impose le monopole. En théorie, c'est très simple mais en pratique, c'est beaucoup plus compliqué. Si l'on se can-

(10) J. Tirole, Cl. Henry, M. Trommetter, L. Tubiana et B. Caillaud, *Propriété intellectuelle*, Doc. fran. 2003.  
(11) 49 F.3d 807 (1992-1993).

tonne à la théorie, cela permet d'unifier un certain nombre de domaines du droit. Le droit des brevets et de la propriété intellectuelle n'est pas fondamentalement différent du droit de la concurrence. C'est simplement une question de degré.

Une propriété intellectuelle est souvent en deuxième lieu une infrastructure essentielle au sens donné par les Cours de justice de la notion d'infrastructure essentielle. Le problème est non pas dans la définition d'une infrastructure essentielle mais dans le fait qu'on associe l'infrastructure essentielle à une obligation de partager et c'est là que réside l'erreur : on peut très bien avoir une infrastructure essentielle et pas d'obligation à partager.

Il faut en troisième lieu rechercher un équilibre entre un respect trop scrupuleux de la propriété intellectuelle (et, encore une fois, il existe beaucoup de mauvais brevets, de droits d'auteur qui ne sont pas justifiés) et le désir des concurrents, des clients et des autorités de la concurrence, d'« exproprier » les propriétaires. Il s'agit de trouver un équilibre économique entre l'incitation à investir et les distorsions qui sont dues au pouvoir des monopoles.

Enfin en quatrième lieu, les Cours de justice sont investies d'un véritable rôle qui consiste à regarder la validité et le champ d'application de la propriété intellectuelle afin de constituer une sorte de contre-pouvoir aux offices des brevets. [Il demeure que le

processus d'opposition par exemple est un mécanisme beaucoup plus simple que le recours à une Cour de justice toujours très coûteux, surtout aux États-Unis. En Europe, on a la chance d'avoir un processus d'obtention des brevets qui est meilleur qu'aux États-Unis. Il est pourtant loin d'être parfait si l'on regarde la faible qualité des brevets octroyés]. Les Cours de justice doivent ensuite vérifier l'absence de restreinte ancillaire dans les accords de licence et enfin, éventuellement, réguler les prix d'accès c'est-à-dire les *royalties* qui doivent être pris et payés aux détenteurs de propriété intellectuelle.

CIVIL  
COMMERCIAL  
TRAVAIL  
SOCIÉTÉS  
FISCAL  
FAMILLE  
CONSTRUCTION  
INTERNATIONAL  
BOURSE  
CONCURRENCE  
PUBLIC  
IMMOBILIER  
ASSURANCE  
MÉDIAS  
TRANSPORTS  
EUROPE

## Découvrez

# la 1<sup>re</sup> Revue transversale en droit des contrats

**COMITÉ DE RÉDACTION**

Denis MAZEAUD  
*Directeur scientifique*

Thierry REVET  
*Directeur éditorial*

Emmanuelle FILIBERTI  
*Rédactrice en chef*

**AU SOMMAIRE**

Chroniques

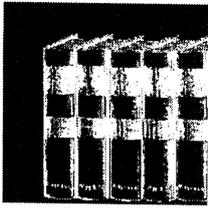
Pratiques

Recherches

Débats

**L.G.D.J.**

Bénéficiez, avec votre abonnement, d'une invitation gratuite au prochain colloque annuel  
RENSEIGNEMENTS AU 01 56 54 16 22 - [www.revuedescontrats.com](http://www.revuedescontrats.com)



# ÉCONOMIE ET DROIT OU UNE INTERROGATION SUR LES LOIS : LE POINT DE VUE DU JURISTE (\*)

**MICHEL VIVANT**

Professeur de droit à l'Université de Montpellier

Dans le domaine de la propriété intellectuelle, il est tout spécialement nécessaire d'affermir le dialogue entre les économistes et les juristes. Certes, ce n'est pas dans la tradition des propriétés intellectuelles. Si l'on s'en tient aux principaux droits de la propriété intellectuelle, l'approche économique est atypique.

1. La marque est assez habituellement délaissée. C'est un peu le parent pauvre de la matière.

Pour le brevet, si le discours économique est couramment accepté, chez les juristes il ne s'agit guère d'un discours élaboré, de qualité. Il se limite souvent à quelques affirmations lapidaires selon lesquelles le brevet sert la recherche et le développement et doit être perçu comme un instrument d'incitation.

Quant au droit d'auteur enfin (pour s'en tenir à ces trois « grands droits »), il est plutôt le siège d'un rejet fort du discours économique. L'incitation, dont parle Jean Tirole, est pourtant d'un intérêt tout particulier car, si l'on remonte aux sources du *copyright*, au XVIII<sup>e</sup> siècle, cette notion d'incitation s'avère très présente dans l'élaboration de ce qui est à l'époque un droit tout à fait nouveau. Pourtant, parler d'incitation dans l'univers le plus classique du droit d'auteur (car on sait que la planète se partage entre droit d'auteur et *copyright*), c'est s'exposer dans bien des cas au bûcher !

2. Reste pourtant qu'il est surprenant que cette approche économique soit ainsi si souvent ignorée, délaissée ou rejetée. Qu'on le veuille ou non, tous les droits de propriété intellectuelle, par des moyens différents, permet-

tent de s'assurer une maîtrise du marché. Dans les années cinquante du siècle passé, Paul Roubier a même voulu ériger les droits de propriété industrielle en une catégorie propre en en faisant des « droits de clientèle ». De mon point de vue, il ne faut sans doute pas aller jusque-là. Mais l'expression montre bien en quoi ces droits de propriété industrielle et, plus largement, les droits de propriété intellectuelle, sont là effectivement pour d'abord conquérir et ensuite retenir une clientèle.

Ainsi les rapprochements entre économistes et juristes apparaissent profondément nécessaires. Ils sont nécessaires pour comprendre la matière mais aussi pour la rendre opérationnelle. En terme de compréhension, ce rapprochement renvoie évidemment, comme l'a dit Marie-Anne Frison-Roche, à l'idée d'un droit « instrument », d'un droit instrument de « régulation » au moins au sens banal du terme. D'un point de vue opérationnel, ce rapprochement est également nécessaire. Il me semble, d'ailleurs, assez amusant qu'à l'occasion les juristes fassent de l'économie sans le savoir, un peu comme M. Jourdain faisant de la prose. C'est ainsi que le droit des propriétés intellectuelles a connu une construction extraordinaire qui l'a bouleversé depuis vingt-cinq ans à peu près : la « théorie de l'épuisement du droit ». Il ne s'agit pas de l'étudier ici. Qu'il suffise de relever qu'elle procède d'une certaine lecture économique des droits de propriété intellectuelle, qu'elle fut pourtant largement une création des juges européens et qu'elle modifie substantiellement l'économie des propriétés intellectuelles.

Preuve qu'une certaine approche économique peut avoir des incidences juridiques et même, comme en l'occurrence, fortes.

3. Cela dit, je me bornerai à deux observations sur ces liens non seulement nécessaires mais même, semble-t-il, inéluctables entre économie et droit.

3.1. Tout d'abord, je m'attacherai à une analyse de droit des marques. La jurisprudence évolue et évolue fort heureusement. Mais il faut savoir que, pendant des années, les juges ont affirmé que le droit des marques était un droit absolu, de telle façon que le titulaire de marque pouvait opposer l'appellation, le symbole, l'image, ... à quiconque avait la fâcheuse idée de l'employer. Il est pourtant certain pour moi que le droit de marque a essentiellement une fonction commerciale et que, s'il est donc légitime que la marque soit défendue dans la fonction qui est la sienne, il en va autrement quand tel n'est pas le cas. Il existe, certes, d'autres instruments à disposition du titulaire de la marque, à commencer par l'article 1382 du Code civil, si, par exemple, la marque est détournée ou parodiée dans un but de critique, mais nous nous situons alors dans un autre registre. L'intéressant est ici de constater que les juridictions disposent d'un remarquable pouvoir, elles qui selon la lecture économique (et juridique) qu'elles vont faire d'un droit peuvent lui conférer une portée ou une autre, radicalement différente : droit absolu ou droit finalisé.

3.2. Un autre « jeu » d'observations peut encore être fait, cette fois-ci sur l'aspect concurrentiel qui a été au

(\*) Retranscription écrite de l'intervention orale du professeur Vivant.

cœur de l'exposé de Jean Tirole. Cet exposé a, en effet, montré de manière très intéressante quelle était la légitimité des monopoles, spécialement en référence à l'idée de « dissipation des profits ». Les juristes n'ont ainsi aucun complexe à avoir à l'égard de la propriété intellectuelle car il existe bien un danger de dissipation des profits dans les domaines qui nous concernent ici. Quant à la tension présentée entre brevets et infrastructures essentielles, Jean Tirole trouve une justification au monopole dans l'innovation. Jugement d'un grand intérêt mais qui suscite immédiatement chez le juriste d'autres interrogations dès lors que l'innovation, la création, n'est pas toujours à la base d'une propriété intellectuelle.

Cela dit, la légitimité du monopole ne détruit pas la légitimité de l'intervention du droit de la concurrence... Si la propriété intellectuelle n'est pas le mal, elle n'est pas nécessairement le bien.

Pour le juriste, le droit de la concurrence est légitime dans son intervention ou plutôt, selon moi, doit être tenu pour légitime car la vérité est que certains auteurs soutiennent qu'il est illégitime et inacceptable que d'autres branches du droit interviennent dans le champ de la propriété intellectuelle. Ce refus est porté plus haut encore quand il s'agit de droit d'auteur. Cependant, il est au cœur même de la théorie juridique, qu'un droit ne doit pas faire l'objet d'un abus. Qu'il s'agisse d'abus de position dominante, d'abus de droit ou d'abus de majorité, il s'agit toujours de créations judiciaires qui révèlent cette idée que tout droit ou toute situation est sous un certain contrôle des juges ou des autorités de la concurrence.

L'intervention du droit de la concurrence peut dans certains cas être très classique. C'est le cas par exemple dans des affaires de brevet qu'ont eu à connaître les autorités communautaires. Mais, bien souvent, cette intervention est liée à une certaine dérive de la propriété intellectuelle. Jean Tirole a cité l'exemple de l'arrêt Magill qu'il considère — et c'est intéressant — comme mal fondé d'un point de vue économique. Il faut dire que, du point de vue du juriste, cet arrêt est également surprenant. Mais ce qui, à la base, était surprenant plus encore, c'était l'usage qui, dans le contexte irlandais, était alors fait du *copyright*, qui, en l'espèce, avait pu être revendiqué quasiment pour de l'information en tant que telle. Cela ne pouvait que déclencher une sorte de schizophrénie judiciaire. Il est assurément évident qu'il y a quelque chose d'assez incohérent à affirmer dans le même temps, comme le fait la Cour de justice, qu'il est légitime de refuser une licence et d'ordonner la livraison de quelque chose qui est sous *copyright*.

4. Le fait est — et c'est sans doute là un point majeur — que, qu'il s'agisse de brevet ou de droit d'auteur, les objets qui sont aujourd'hui appréhendés au titre de ces droits ne sont plus dans bien des cas les objets traditionnels qui relevaient de l'une ou l'autre de ces catégories. Or si l'on continue à raisonner selon les canons reçus, il est évident qu'une distance se crée et que le schéma traditionnel ne peut être, tel quel, reproduit. Un logiciel, une base de données n'est pas justiciable du même traitement qu'une œuvre picturale classique par exemple.

Cette observation s'adresse aux praticiens qui font juste-

ment observer qu'ils utilisent légitimement les instruments qui leur sont proposés mais qui créent ainsi des déviations certaines. Elle s'adresse également aux juges, qui ont, entre autre, la fonction de poser des barrières et ne devraient pas l'oublier. Elle s'adresse enfin aux auteurs qui, en systématisant parfois ce qui peut être de l'ordre de dérives, confèrent à celles-ci une légitimité ou un semblant de légitimité.

Une question très simple, mais d'importance, rejoint alors celle de Jean Tirole : la légitimité ou la légitimation d'une situation de monopole peut-elle être trouvée dans une sorte de qualité, dans une vérification de l'innovation faite ? Et, si cette vérification n'est pas faite ou si elle est faite de manière purement formelle avec insuffisamment d'exigences, se trouve-t-on dans le schéma dont on vient de nous dire qu'il est légitime ? Pour dire les choses très directement, que ce soit en matière de droit d'auteur avec la condition d'originalité, ou en matière de brevet avec les exigences de nouveauté et d'activité inventive, s'il est dit que l'on satisfait à ces exigences, y satisfait-on vraiment ? Et doit-on alors se plaindre de ce que l'on se trouve en butte à telle ou telle critique ?

5. Nous sommes ici au cœur d'un raisonnement sur les fins. Il me paraît absolument indispensable de comprendre que le droit est posé pour certaines fins... et peut-être peut-on retrouver ici Saint Thomas d'Aquin. La boucle est alors bouclée car il est évident que, s'il faut s'interroger sur les fins, les économistes sont précieux.

D'un point de vue très pratique, si l'on veut rester dans ce registre, ce sont là les questions qu'il faut se poser,

par exemple quand il s'agit de reconnaître des droits ou de mesurer l'exacte portée de ceux-ci, ce qui renvoie en particulier aux observations faites précédemment sur la marque. Les ADPIC (accords de Marrakech de 1994 rattachés à l'OMC : « Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellec-

tuelle qui touchent au commerce ») ne disent, d'ailleurs, pas autre chose quand, précisément, ils définissent les droits conférés par la marque comme jouant « au cours d'opérations commerciales ».

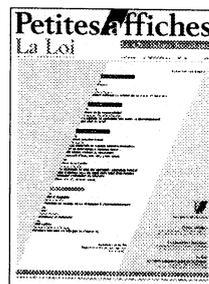
Les législateurs, internationaux ou nationaux, ont leur

mot à dire dans cette élaboration raisonnée du droit mais les juges aussi. Et puisque Marie-Anne Frison-Roche nous a dit que nous étions dans une zone de « performativité radicale », ce sont vers ces juges qu'il faut ici se tourner puisqu'il leur appartiendra de dire : « *Ita jus esto* ».

# Petites affiches

Le Quotidien Juridique

NOUVELLE  
FORMULE



## RECEVEZ LE JOURNAL

### > 5 FOIS PAR SEMAINE

- la doctrine, les notes et les chroniques rédigées par des universitaires de renom et les meilleurs praticiens du droit,
- l'actualité professionnelle et législative,
- les informations légales pour suivre la vie juridique des sociétés,

### > les numéros spéciaux

### > les dossiers de l'Europe

## CONSULTEZ LES ARCHIVES EN LIGNE sur [Lextenso.fr](http://Lextenso.fr)

- Menez vos recherches par mot-clé, date ou auteur directement en ligne, en bénéficiant d'un fonds documentaire réactualisé en permanence.
- Accédez sans limite aux 10 dernières années de fonds documentaire des Petites affiches et consultez les résultats de vos recherches dans nos 6 bases partenaires de référence : *Gazette du Palais*, *le Répertoire Defrénois*, *les Bulletins Joly Bourse et Joly Sociétés* *la Revue des Contrats* et *la Revue Générale du droit des Assurances*.

## RECHERCHEZ SUR LE CÉDÉROM ANNUEL

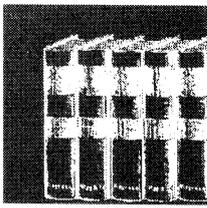
- Accédez instantanément à l'ensemble du rédactionnel des Petites affiches publié depuis 1994 de chez vous, lors de vos déplacements, sans connexion internet.
- Un mode de recherche "full-text" et une ergonomie soignée offrent un accès facile et une exploitation pratique des informations publiées.



PGNH - 01/2005 ARTI GRAPHI

# Petites affiches

SERVICE DIFFUSION 2, RUE MONTESQUIEU 75041 PARIS CEDEX 01  
TÉL.: 01 42 61 88 00 - FAX : 01 42 92 03 91  
Email : [diffusion@petites-affiches.com](mailto:diffusion@petites-affiches.com)



## L'APPRÉCIATION DU PRÉJUDICE

**MAURICE NUSSENBAUM**

Professeur des Universités à Paris IX-Dauphine  
Expert financier agréé par la Cour de cassation

Il peut paraître étonnant de vouloir aborder la question de l'appréciation du préjudice au regard à la fois du droit et de l'analyse économique. En effet, dès lors que le préjudice est établi dans son principe, son appréciation ne devrait plus être qu'une affaire de *quantum* donc de comptabilité et d'analyse financière afin d'assurer une réparation intégrale de la victime.

Cependant, dès lors que le *quantum* s'apprécie en référence à la situation théorique qui correspond à ce qui aurait dû être en l'absence de préjudice, on est nécessairement conduit à rechercher les caractéristiques de cette situation de référence que la fonction réparatrice du préjudice va s'efforcer de restaurer.

Cette recherche renvoie à l'analyse des fonctions du système de réparation : compensation et incitation. Selon que l'une ou l'autre de ces fonctions est privilégiée, le périmètre du préjudice en est affecté et par là même son *quantum*.

Si ce choix relève de l'analyse juridique, ses conséquences relèvent également de l'analyse économique qui pose le problème en terme d'efficacité pour les agents économiques de l'allocation de leurs ressources.

En effet, l'analyse économique du droit a d'abord eu pour objet d'analyser l'efficacité des règles de droit. Elle s'est développée dans les pays anglo-saxons pour montrer que les règles juridiques du *common law* favorisent une allocation efficace des ressources, c'est-à-dire une situation d'optimum économique. Elle a également cherché à démontrer que les règles de droit permettaient de réduire les coûts de transac-

tions entre les individus lorsque le marché n'offrait pas de solutions (1).

Appliquée à la réparation civile, l'analyse économique compare les impacts des différentes modalités de réparation en terme d'allocation des ressources à la fois au niveau individuel et collectif.

Elle aboutit à la constatation que la fonction indemnitaires de compensation du préjudice n'est pas la fonction la plus utile du système de réparation car celle-ci est mieux réalisée par l'assurance, qui est à la fois moins coûteuse et plus efficace.

Au plan individuel, elle apprécie les règles de réparation civile en fonction de leur capacité à optimiser à la fois l'incitation à agir de manière productive et à modifier des comportements qui s'avèreraient néfastes au plan collectif.

C'est pourquoi, pour l'analyse économique, la fonction incitatrice du système de réparation apparaît comme étant la plus importante au plan individuel (2).

Au plan collectif, l'analyse économique prend en compte les coûts sociaux et apprécie l'efficacité du système de réparation à travers son aptitude à minimiser la somme de ces coûts, qu'ils proviennent :

— des comportements indésirables qui subsistent du fait des limites du système de réparation,

— ou des comportements utiles qui se trouvent limités par la crainte d'être l'objet de sanctions,

— ainsi que des coûts de mise en œuvre du système judiciaire.

Pour l'analyse économique, seul le niveau collectif permet la recherche d'un système de réparation optimal, mais cet objectif ne peut être atteint que par une action sur les comportements individuels. L'analyse économique part de l'hypothèse que ces comportements sont déterminés par la perception qu'ont les individus de la capacité du système judiciaire à détecter et sanctionner la faute. Elle établit ainsi que la sanction optimale doit être d'autant plus élevée que la probabilité de sanction et de détection est faible. Cette relation est formalisée de la manière suivante :

Sanction optimale = coût net créé par le préjudice divisé par la probabilité de détection et de sanction.

Cette prise en compte de la probabilité de détection et de sanction découle de la finalité collective et non pas uniquement individuelle du système de réparation. Il s'agit de définir des indemnités qui au plan de la collectivité, c'est-à-dire globalement, vont réparer l'ensemble des préjudices causés et non pas seulement ceux qui auront été détectés et sanctionnés.

Ainsi, lorsque la probabilité de détection et de sanction est inférieure à 1, la sanction optimale peut être supérieure au préjudice net, solution qui vient se heurter en France au principe de la réparation intégrale en soulevant le problème des dommages punitifs (I) (3).

La recherche d'une prévention optimale peut également conduire à éliminer du champ de l'indemnisation l'accroissement du préjudice résultant d'une négligence de la victime (II), d'où *la duty to mitigate* ou obligation de mi-

(1) À titre d'exemple, R. Coase (1960) a montré que la loi britannique sur les nuisances permettait d'obtenir une solution efficace en présence de coûts de transaction, ce qui n'était pas possible par le seul jeu du marché. Cette solution d'équilibre est obtenue par attribution de droits de propriété et en conséquence par la détermination de préjudices.

(2) C'est pourquoi l'analyse économique accepterait une réduction du champ de la responsabilité aux cas où la condamnation peut avoir des effets incitateurs : pour dissuader les comportements indésirables, sans dissuader trop les comportements utiles.

(3) C'est ainsi que si cette probabilité est de 0,5, la sanction optimale devra être égale au plan de l'optimum collectif au double du coût net créé par le préjudice.

nimiser son propre préjudice.

Le système de réparation doit également s'assurer que les détenteurs d'actifs ne seront pas privés d'une rémunération normale à la suite d'un préjudice contractuel ou quasi délictuel s'ils ne sont pas en mesure de démontrer comptablement l'existence d'une perte ou d'un manque à gagner ce qui a conduit la *common law* à admettre l'action en restitution des gains illicites (III), comme moyen de détermination des dommages intérêts à côté de la réparation du préjudice subi. Une telle solution rend le système de réparation plus efficace en sanctionnant certains comportements qui permettent à leurs auteurs d'utiliser les biens d'autrui sans permettre à la victime dans le cadre d'un système de réparation intégrale, de mettre en évidence de manière simple le préjudice subi dès lors qu'il s'agit de manque à gagner reposant sur des conjectures.

### **I. Les dommages punitifs**

Comme l'indique le professeur Geneviève Viney (4), il existe en droit interne un « besoin d'une sanction qui ne soit pas enfermée dans le cadre rigide du droit pénal et qui ne prenne pas seulement en compte le besoin d'indemnisation de la victime, mais aussi le profit tiré par l'auteur de son acte ainsi que la novicité de son comportement ».

Cependant la réponse donnée par la *common law* à travers les dommages punitifs est prohibée par le droit français qui réaffirme en permanence que « le propre de la responsabilité est de rétablir l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle

se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu (5) et que les dommages intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il n'en résulte pour elle ni perte ni profit ». Elle concerne de plus les décisions qui affirment avoir tenu compte, pour fixer l'indemnité, de considération autre que le l'ampleur du dommage, notamment la gravité ou la légèreté de la faute... Elle affirme de plus que l'indemnisation ne doit pas excéder la valeur du préjudice (6).

Nous avons montré en introduction qu'une telle approche s'oppose à l'analyse économique dès lors que l'équilibre au niveau collectif n'est plus assuré lorsque la probabilité de détection et de sanction n'est pas prise en compte pour assurer l'égalité entre la sanction et le ratio : coût net créé par le préjudice/probabilité de détection et de sanction.

Si le système de sanction ne recherche pas *ex ante* cet équilibre, l'incitation à agir se trouve réduite ainsi que la valeur dissuasive de la sanction.

C'est pourquoi les dommages punitifs méritent un examen particulier à la lumière de l'approche anglo-saxonne de la *common law*.

On notera cependant qu'ils ne constituent pas une généralité aux États-Unis puisqu'ils n'interviennent que dans 6 % des affaires et plus dans le domaine quasi délictuel que contractuel.

Leur logique n'est pas uniquement la réparation mais aussi la dissuasion et la punition :

— la dissuasion pour influencer les comportements dans le sens d'un optimum social ;

— la punition non seulement pour indemniser la victime mais aussi pour sanctionner l'auteur du dommage en assurant à la victime une rétribution payée par l'auteur du préjudice.

### **A. Le rôle dissuasif des dommages punitifs (7)**

Si on fait l'hypothèse que le préjudice sera réparé avec certitude alors l'analyse économique montre que la réparation adéquate correspond à la réparation intégrale des conséquences du préjudice car elle permet d'assurer la réalisation des deux conditions suivantes :

— le niveau de précautions assumé par les parties ne doit être ni trop élevé, ni trop faible, mais de nature à optimiser le niveau d'activité collectif. Il correspond au niveau qui minimise la somme des coûts de précautions et de préjudice anticipé ;

— le niveau et le type d'activité dans lesquelles les agents économiques s'engagent ne doivent ni éliminer ni privilégier les activités susceptibles de présenter des risques.

Le problème du niveau optimal des dommages intérêts se pose différemment lorsqu'il est acquis que des auteurs de fautes peuvent échapper à la réparation des dommages causés soit pour des raisons de détection, de preuve ou d'incapacité à agir de la victime. Le cas des fautes lucratives constitue à cet égard un exemple intéressant.

Dès lors que collectivement les dommages intérêts ne réparent pas l'ensemble des préjudices causés, alors les incitations à prendre les précautions nécessaires pour éviter de provoquer des préjudices seront insuffisantes et les agents seront incités à prendre trop de risques, puisque

(4) G. Viney, rapport de synthèse, colloque CEDAG, 21 mars 2002, LPA 2002, n° 232.

(5) Cf. notamment Cass., arrêt n° 116D, 16 janvier 1996.

(6) Cf. notamment Cass., 14 janvier 1988, n° 86-10-001, Union locale CFDT de Boulogne-sur-Mer c/ Société Transorient Freight CMP.

(7) A. Polinsky and Shavell Steven (1998) *Punitive Damages An Economic analysis III*. Harvard Law review 869-962.

globalement ils savent qu'ils seront insuffisamment sanctionnés pour leurs comportements imprudents.

Il faut donc augmenter les dommages-intérêts de manière à rétablir l'équilibre global entre préjudice et dommages-intérêts.

On retrouve la relation suivante entre le dommage, la probabilité de détection de sanction et le préjudice :

Si la probabilité d'être sanctionnée est égale à  $p$ , et le préjudice causé égal à  $h$ ,

l'auteur du préjudice devra restituer  $h/p$ .

De ce fait la composante punitive des dommages sera égale à la différence entre l'indemnité et le préjudice soit :  $(h/p - h)$  ou encore  $((1 - p)/p) \times h$ .

Le terme  $(1 - p)/p$  représente le ratio entre la probabilité d'échapper à la sanction et la probabilité d'être sanctionné. Il constitue le facteur multiplicateur des dommages punitifs. À titre d'exemple si cette probabilité est 0,5, le multiple est égal à 1 et la composante punitive est égale au montant des dommages intérêts (8), ce qui revient au total à doubler les dommages et intérêts dès lors que la probabilité d'être sanctionné est égale à 50 %. Si cette probabilité est égale à 1/3, les dommages seront égaux au triple du préjudice causé.

Il peut cependant y avoir une difficulté à utiliser les dommages punitifs pour réparer des dommages systématiquement sous estimés lorsque certaines composantes du préjudice sont difficiles à évaluer et donc à réparer, tels que le préjudice moral d'une entreprise (atteinte à l'image) ou la souffrance des victimes en matière de préjudice corporel.

En effet, la réparation risque d'être inadéquate dès lors que l'on ne saura pas évaluer la base des dommages à laquelle doit s'appliquer le multiplicateur.

Lorsque les gains que tire l'auteur du préjudice sont socialement illicites (sans être pénalement répréhensibles), l'effet dissuasif doit être total.

Les dommages punitifs doivent également être adaptés lorsqu'existent des sanctions civiles ayant le même effet car l'indemnisation se surajoute aux sanctions civiles et peut entraîner une dissuasion d'agir excessive.

## **B. Le rôle punitif des dommages**

Il faut analyser l'impact des dommages punitifs sur les défendeurs en distinguant selon qu'il s'agit de personnes physiques ou d'entreprises.

L'objectif punitif des dommages et intérêts punitifs sera manifestement obtenu dans le cas des individus. En revanche la réponse est beaucoup moins nette pour ce qui concerne les entreprises.

S'agit-il en effet de punir l'entreprise en tant qu'entité globale ou bien certains individus à l'intérieur de l'entreprise ?

Dans le premier cas, on risque de punir les actionnaires de l'entreprise ou les consommateurs (si la sanction peut être répercutée) et l'effet recherché de punir les responsables, ne sera pas obtenu.

## **C. Peut-on alors coupler les deux objectifs : dissuader et punir ?**

S'agissant de deux objectifs séparés, on ne peut les optimiser simultanément.

Si la probabilité de détection et de punition est faible, le niveau optimal de la composante punitive sera élevé pour satisfaire l'objectif de dissuasion et donc par la même plus élevé que le niveau nécessaire pour punir. Inversement si la probabilité de détection est élevée, le niveau nécessaire pour satisfaire l'objectif de dissuasion sera plus faible que celui nécessaire pour punir.

L'équilibre pour satisfaire les deux objectifs se traduit donc par un compromis imparfait.

## **D. L'impact des coûts judiciaires**

Ces derniers doivent être pris en compte, de manière générale et non seulement dans le contexte anglo-saxon pour les raisons suivantes :

— ils influencent la probabilité de poursuite et en conséquence celle d'échapper à la condamnation ;

— de ce fait, plus la probabilité de poursuite est faible plus la composante punitive pourrait être élevée ;

— néanmoins la finalité des dommages punitifs n'est pas d'accroître le nombre de procès qui en lui-même constitue un coût social ;

— ils peuvent aussi contribuer à accroître les coûts judiciaires surtout dans le contexte anglo-saxon où la rémunération des avocats peut être totalement variable. Il paraît alors tentant de n'attribuer au demandeur qu'une partie de la composante punitive, le complément revenant à l'État.

L'effet de ce découplage conduirait à réduire les coûts judiciaires sans diminuer la composante dissuasive. Il

(8) L'origine du concept se trouve chez R. Posner, *Economic Analysis of Law* (1972) Boston MA Little Brown Company, p. 77-78.

peut être comparé à l'utilisation des amendes civiles.

Cependant des études récentes (9) montrent que lorsque l'on intègre les coûts de recherche de preuve et de démonstration du préjudice, l'hypothèse de découplage ne s'avère pas nécessairement optimale car le demandeur doit pouvoir bénéficier de la totalité des dommages intérêts pour être à même d'engager des efforts optimaux de poursuite.

On se retrouve aussi confronté à un dilemme du type efficacité-équité.

### **E. L'assurabilité des dommages punitifs**

La doctrine française considère généralement que la prise en charge par l'assurance des réparations punitives nuirait au rôle dissuasif et punitif de ces sanctions (10).

L'analyse économique, ne prenant pas en compte la dimension morale, ne suit pas nécessairement ce point de vue. En effet, l'assurabilité n'affecte pas la situation des victimes dès lors qu'elles sont certaines d'être indemnisées et accroît par ailleurs la solvabilité des débiteurs qui contractent l'assurance.

Cependant en ce domaine, comme dans celui plus général de la responsabilité quasi délictuelle, l'assurance dissocie les dommages intérêts payés du préjudice subi puisque pour l'auteur du dommage, la prime d'assurance constitue le coût effectif subi en contrepartie de la faute commise.

Néanmoins l'adaptabilité des primes aux sinistres subis ou anticipés (sous forme de bonus malus) permet de rétablir l'effet dissuasif et réduire les risques de hasard moral.

L'assurabilité a par ailleurs l'avantage d'une répartition des risques optimale au niveau de la collectivité.

L'analyse économique n'élimine donc pas cette possibilité d'assurabilité en prenant en compte l'efficacité économique de la règle de droit.

### **F. Les critiques de la doctrine française**

Bien que celle-ci ne soit pas uniforme, les critiques qu'adresse la doctrine française à l'instauration d'un régime de dommages punitifs se résument en deux points :

— il procure un avantage indu à la victime ;

— il est arbitraire dans son montant.

Si ce système n'est pas importable dans notre système juridique, il n'en demeure pas moins nécessaire d'imaginer comme le souligne Geneviève Viney, « une sanction spécifique plus souple que la sanction pénale et plus dissuasive que l'indemnisation pure et simple » (11).

D'ailleurs, comme le notent de nombreux observateurs, les tribunaux tendent dans les faits à utiliser un tel système en se servant du pouvoir souverain que la Cour de cassation leur reconnaît pour fixer les dommages et intérêts.

On citera l'exemple de l'arrêt de la Cour de cassation, Union locale du syndicat CFDT de Boulogne-sur-Mer c/ Société Transorient Freight Transport Corporation, qui rappelle le principe de l'évaluation souveraine du dommage par les juges du fond (12).

On peut cependant s'interroger sur le bien fondé de cette absence de contrôle de la Haute Cour en ce qui concerne l'évaluation du dom-

mage car la mise en œuvre des règles d'évaluation constitue une question de droit et non seulement de fait pour laquelle le principe de la réparation intégrale constitue une réponse à la fois insuffisamment précise et pas toujours adaptée.

Enfin si l'on peut éluder la question des dommages punitifs dans les domaines où il existe d'autres moyens de punir à travers les condamnations pénales ou administratives et donc de réaliser par un autre moyen les objectifs d'incitation assignés aux dommages punitifs, la question reste entière notamment dans le domaine de la concurrence déloyale et dans celui des fautes lucratives ou de telles sanctions n'existent pas.

## **II. Les fautes lucratives et leurs sanctions - Le droit à la restitution des profits illicites**

### **A. La position du droit civil et de la *common law* par rapport au droit à la restitution des gains illicites**

Starck, Roland et Boyer (13) définissent les fautes lucratives comme étant celles qui, « malgré les dommages et intérêts que le responsable est condamné à payer et qui sont calquées sur le préjudice subi par la victime, laissent à leur auteur une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il n'ait aucune raison de ne pas les commettre ».

Ces fautes concernent notamment l'atteinte aux droits de la personnalité et à l'environnement, le droit de la concurrence déloyale et la contrefaçon. Elles échappent en grande partie au droit pénal. Elles tombent parfois sous le coup des amendes ad-

(9) A. Choi and C. William Sanchirico, *Should plaintiffs win what defendants lose ?*, *J-Legal Studies*, juin 2004.

(10) Cf. S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *LGDJ* 1995.

(11) *Colloque CEDAG*, 21 mars 2002, *op. cit.*, n° 1.

(12) « Attendu, selon l'arrêt attaqué (Douai, 22 octobre 1985), qu'à la suite d'une grève de l'équipage survenue à bord du navire *Global Med* appartenant à la société *Transorient Freight Transports Corporation* et de l'occupation de ce navire immobilisé dans le port de Boulogne du 6 au 29 mars 1979, la Cour d'appel de Douai, par un arrêt du 16 juin 1982, a retenu la responsabilité de l'union locale du syndicat *CDFT* de Boulogne et de la *Fédération internationale des ouvriers du transport (ITF)* aux motifs qu'elles avaient, en participant directement à une grève, commis des actions illicites indépendantes de l'exercice du droit de grève constituant un abus du droit syndical et ordonné une expertise comptable en vue de préciser les éléments du préjudice subi par la société ».

« Attendu qu'il est encore fait grief à l'arrêt de s'être fondé sur l'évaluation forfaitaire basée sur les stipulations de la charte-partie ».

« Que si la réparation d'un dommage doit être intégrale, elle ne saurait en tout cas excéder le montant du préjudice subi ; qu'il résulte des constatations de l'arrêt que la détermination forfaitaire retenue par référence aux clauses de la charte-partie était supérieure à l'évaluation du préjudice par l'expert, fondée sur les charges réelles supportées par la société ».

« Mais attendu que les juges du second degré, qui ont pu retenir l'existence du préjudice moral invoqué par la société, ont souverainement évalué l'entier dommage subi par celle-ci ; que le moyen qui, sous le couvert de modifications de l'objet du litige et des moyens invoqués pour y prétendre, dénaturait le rapport d'expertise, défait et contredit de motifs, ne tend qu'à remettre en discussion cette évaluation, ne saurait être accueilli ».

(13) B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations, responsabilité délictuelle*, 5<sup>e</sup> éd., 1996, *Litec*, n° 1335.

ministratives comme en matière de pratiques anticoncurrentielles avec l'article L. 464-2 du Code de commerce qui dispose que les sanctions pécuniaires doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise concernée.

Cette définition relativement abstraite ne prend pas en compte explicitement la probabilité de détection et de sanction qui, comme on l'a vu, précédemment constitue la clé de voûte du caractère dissuasif de la sanction au niveau de la collectivité, seul point de vue permettant d'évaluer l'efficacité des règles juridiques sur les comportements individuels.

La pratique actuelle des tribunaux en ce domaine se caractérise là aussi par un pouvoir souverain des juges du fond pour évaluer le préjudice et le montant de la réparation, ce qui leur permet dans certains cas d'appliquer dans les faits, de manière que l'on a pu qualifier de « quasi honteuse », pour caractériser l'opacité de leur évaluation, des dommages intérêts punitifs à travers la majoration des dommages pour tenir compte de la gravité de la faute. Ils sont cependant obligés de le faire sans le dire pour ne pas être sanctionnés par la Cour de cassation.

Cependant, des décisions récentes vont dans le sens inverse, notamment en matière de protection de la vie privée. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 31 mai 2000 (14) indique que « l'allocation de dommages et intérêts en réparation d'une atteinte portée au droit à l'image et à la vie privée a pour objet, non pas de sanctionner un comportement ou d'avoir sur la presse un effet dissuasif au regard des pro-

fits par elle réalisés mais de réparer le préjudice subi par la victime ».

Il semble donc comme le souligne Daniel Fasquelle (15) que « Ce n'est qu'exceptionnellement que les juges prennent en considération dans le calcul de la somme à allouer à la victime le montant des bénéfices illégitimes réalisés par l'auteur de la faute lucrative ».

Cet auteur propose à cet égard afin de renforcer la sanction des fautes civiles lucratives d'annuler les gains de l'auteur de la faute en s'inspirant du droit de *common law* par application du concept de *waiver of tort* (16).

On peut citer à cet égard un cas récent où la Cour de cassation a dans un arrêt du 26 novembre 2003 réaffirmé que les bénéfices illégalement obtenus par l'auteur de la faute ne devraient pas donner lieu à restitution (17).

Dans une espèce où un tiers, connaissant des pourparlers en cours entre deux parties, a finalement contracté avec l'une d'entre elles, la Cour a retenu que les actionnaires (cédants) avaient rompu unilatéralement et avec mauvaise foi des pourparlers qu'ils n'avaient jamais paru abandonner et que l'offrant poursuivait normalement.

Elle a cependant considéré que le cessionnaire, bien qu'il ait garanti les cédants, contre une éventuelle indemnité pour rupture des pourparlers, n'avait pas usé de procédés déloyaux pour obtenir la cession des actions litigieuses... De ce fait, le cessionnaire n'a pas engagé sa responsabilité à l'égard de son concurrent pour l'acquisition..., peu importe qu'il ait tiré un profit de la faute du cédant.

Ainsi malgré la faute quasi délictuelle reconnue (rupture avec mauvaise foi des pourparlers) à l'encontre du cédant, la Cour ne retient pas le principe d'indemnisation de la société Alain Manoukian, victime de ces procédés déloyaux, considérant qu'elle n'avait aucun droit à restitution sur les gains obtenus par les cédants et que son préjudice se limitait aux frais occasionnés par la négociation.

Il n'existe que rarement de prise en compte, pour l'indemnisation de la victime, des bénéfices illégitimes réalisés par l'auteur de la faute.

Une telle décision vient réduire le champ d'application de la perte de chance. En effet, dès lors que le contrat est réputé n'avoir pas existé, il ne peut y avoir de droit pour la victime à des profits espérés.

## B. L'analyse économique de la restitution des gains illicites

Il nous paraît intéressant de présenter l'analyse économique qui permet de justifier pour déterminer l'assiette de l'indemnisation le choix entre le préjudice subi par la victime et l'enrichissement de l'auteur du dommage.

Cette possibilité offerte au demandeur correspond à la notion de *waiver of tort* analysée notamment par Prosser et Keeton (18).

Le droit à restitution est né dans la *common law* au XVII<sup>e</sup> siècle à travers l'action *d'assumpsit* relative à l'atteinte aux biens d'autrui et à la restitution des gains tirés de cette atteinte.

Par extension, elle a été étendue à toute situation dans laquelle un quasi-délit (« tort ») entraîne l'enrichissement du

(14) A. Lepage, *L'indemnisation du préjudice résultant d'atteintes aux droits du respect de la vie privée et à l'image dans la jurisprudence récente*, comm. comm. élect., juillet-août 2001, p. 17.

(15) D. Fasquelle, *L'existence de fautes lucratives en droit français*, LPA 2002, n° 232, p. 27-37.

(16) E. Agostini, *Les agissements parasitaires en droit comparé. Le cas Helmut Rothschild*, JCP 1987, doct., 3284, spéc. n° 6, cité par D. Fasquelle, *op. cit.*

(17) Cass. com., 26 novembre 2003, société Alain Manoukian c/Wajsfisz, arrêt n° 1662 FS-P.

(18) Prosser & Keeton, *On torts*, 5<sup>e</sup> éd., p. 672-676, West publishing and Co, 1984.

défendeur au préjudice du demandeur.

Cette action n'empêche pas le recours ultérieur à une demande d'indemnisation des préjudices causés par la faute elle-même en cas d'insuccès de l'action en restitution.

Cette action en restitution n'est pas possible dans toutes les actions quasi délictuelles mais uniquement dans les cas ayant donné lieu à enrichissement fautif.

La construction juridique est donc celle d'un contrat fictif ou quasi-contrat impliquant de la part du défendeur une obligation de rembourser le gain illicite.

L'analyse de la pratique de la *common law* conduit à distinguer les deux contextes contractuels et quasi délictuels :

— en matière contractuelle, un manquement significatif autorisant à résilier le contrat, dans un contexte où les dommages et intérêts ne sont pas déterminables de manière précise, autorise la victime à demander la restitution des avantages injustement obtenus ;

— dans le domaine quasi délictuel, la théorie du *quantum meruit* autorise également la demande par la victime de la restitution des avantages injustement obtenus par le défendeur.

Pour l'économiste, le débat est de faible portée dès lors qu'une partie des gains de l'auteur du dommage équivaut aux pertes de la victime, pas nécessairement exprimés en terme de coûts comptables subis mais de coûts d'opportunité c'est-à-dire de manque à gagner potentiel dont la victime aurait pu bénéficier à travers l'utilisation potentielle de certains de ses actifs.

En effet, l'enrichissement de l'auteur du dommage peut résulter de l'exploitation d'un actif appartenant à la victime. Certes celle-ci n'aurait pas nécessairement obtenu les mêmes gains, mais la victime, sans donner son consentement a permis à l'auteur du dommage de réaliser un profit en utilisant un actif appartenant à la victime.

Cet actif peut être corporel c'est-à-dire matériel ou incorporel lorsqu'il s'agit de concurrence déloyale ou de contrefaçon de dessins et modèles ou de marque.

L'application du principe de restitution apparaît incompatible avec celui de la réparation intégrale dès lors qu'il n'est pas possible d'établir que la victime aurait tiré le même bénéfice de l'exploitation de cet actif.

Il est cependant acquis, que le bénéfice de l'auteur du dommage a été obtenu sans le consentement de la victime qui aurait soit refusé l'utilisation de l'actif, soit exigé une rémunération en contrepartie (par exemple une redevance pour une licence d'exploitation).

Nous avons, nous-mêmes qualifié, en matière de contrefaçon de marque, cette licence du terme de licence implicite (19). La solution n'est aujourd'hui largement admise dans notre système juridique qu'en matière de brevet. Il est même établi qu'une redevance « quasi punitive » puisse être appliquée pour tenir compte que le brevet a été utilisé non conformément à la stratégie de son propriétaire.

Une étude de la jurisprudence indique le « taux de redevance indemnitaire appliqué par les juridictions varie grandement selon le domaine technique, l'industrie en cause et les critères d'ap-

préciation, ... ». Elle précise que parmi les critères d'appréciation des juges intervient souvent le fait que « le contrefacteur ne peut être assimilé à un licencié qui se serait attribué à lui-même un titre ». En conséquence, l'auteur déduit que « le taux de redevance indemnitaire est majoré, souvent de façon importante par rapport à celui qui aurait été consenti à un licencié contractuel » (20).

On peut certes considérer que cet exemple ne traduit pas nécessairement la mise en œuvre de l'hypothèse de restitution et relève de la réparation intégrale puisqu'il contribue à attribuer la rémunération qui aurait dû être celle de la victime dans les conditions spécifiques de l'espèce à savoir un contrat de licence non sollicité. Mais on peut tout aussi bien considérer qu'il s'agit de la restitution du profil potentiel (pas nécessairement effectif) réalisé par l'auteur du dommage. On fait payer à ce dernier le coût d'opportunité pour la victime que représente l'utilisation de l'actif appartenant à la victime.

Le concept de coût d'opportunité est central pour la théorie économique et consiste à poser que l'utilisateur d'un actif doit en supporter un coût qui correspond au rendement de cet actif pour son propriétaire lorsqu'il est utilisé de manière optimale.

En conséquence de l'analyse qui précède, il serait souhaitable que cette solution de restitution soit généralisée en France à d'autres types d'actifs que les brevets.

En effet la quote part du bénéfice réalisé par l'auteur du dommage, du fait de l'utilisation de l'actif détourné, au-delà de la rémunération normale de ses capitaux inves-

(19) M. Nussenbaum, *Évaluation du préjudice de marque, cas particulier de l'atteinte à l'image de marque*, JCP E, n° 50, 16 décembre 1993.

(20) J.-Cl., *Brevet 2001 des Éditions du Juris-Classeur* (nos 158 et 159).

tis, provient de l'exploitation d'un actif appartenant à la victime dont il n'a pas payé le coût d'opportunité correspondant à son utilisation.

Pourquoi avoir besoin de démontrer que la victime aurait pu elle-même obtenir ce profit pour avoir un droit à réparation ? Dans bien des cas, une telle exploitation peut être contraire à sa stratégie. De ce fait, elle ne sera pas indemnisée parce que la démonstration comptable de sa capacité à générer le même profit ne pourra être établie.

On perçoit bien la limite de cette exigence et le carcan qu'elle constitue et qui conduit en définitive à permettre de rémunérer des pratiques délictueuses.

La règle de la réparation intégrale rend impossible cette démonstration dès lors que la victime ne dispose pas des mêmes possibilités que l'auteur du dommage pour réaliser le profit.

La *common law* résout le problème en introduisant le concept de quasi-contrat.

En effet, la victime a permis à l'auteur du dommage de réaliser son profit grâce à un quasi-contrat. Le principe de restitution permet à la victime d'obtenir la restitution du profit lié à ce quasi-contrat. C'est d'ailleurs cette solution qui avait été retenue par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire Helmut Rothschild citée précédemment (21). Ayant reconnu l'existence d'un dommage « moral et matériel », la Cour indique qu'il convenait pour évaluer le préjudice « de tenir compte essentiellement de l'incidence qu'a pu avoir l'utilisation du nom de Rothschild dans l'enrichissement qu'ont accusé H. Rothschild et ses sociétés et dans la plus value de la valeur des fonds de commerce par eux exploités (22) ».

En raisonnant ainsi, la Cour d'appel déduit l'existence d'un préjudice du fait de l'enrichissement de l'auteur du dommage. Elle utilise cet enrichissement pour chiffrer les dommages. Cette décision a été qualifiée de non orthodoxe mais se comprend néanmoins dans le cadre du parasitisme pour lequel les gains réalisés sont suspects et justifient « une peine privée dissuasive prévenant la récidive comme l'imitation » (23).

Il existe d'autres exemples en matière de concurrence déloyale ou de parasitisme où il est tenu compte des bénéfices illégitimes et des avantages indus pour déterminer le préjudice, citons notamment :

— CA Paris 4<sup>e</sup> ch., 7 juin 1990, Tour d'Argent ;

— CA Grenoble, 27 juin 1984, Chaussures Jourdan ;

— Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 novembre 1996, Prisma Presse c/ Caroline Grimaldi, Princesse de Monaco :

« Attendu que la société Prisma Presse, éditrice du journal « Voici », fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 15 février 1994) de l'avoir condamnée à payer à Caroline Grimaldi, princesse de Monaco, des dommages et intérêts pour atteinte à sa vie privée et à son droit de s'opposer à la publication de son image ».

- « Qu'il est encore reproché à la Cour d'appel d'avoir accordé une indemnité s'apparentant à une amende civile, indépendamment de tout dommage réparable, en violation du principe d'adéquation de la réparation accordée au préjudice subi, et sans motiver sa décision qui procède par simple affirmation ».

- « Mais attendu que selon l'article 9 du Code civil, la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation ; que la Cour d'appel, après avoir constaté l'atteinte portée au droit de M<sup>me</sup> Grimaldi au respect de sa vie privée par la publication litigieuse révélant sa vie sentimentale, a souverainement évalué le montant du préjudice subi ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ».

### C. Conclusion partielle

On constate là encore que c'est uniquement en suivant une approche se situant au niveau global de la collectivité que l'on peut reconnaître cette possibilité de restitution car elle est seule à même de permettre aux propriétaires de l'actif corporel ou incorporel d'en obtenir une rémunération correspondant à leur coût d'opportunité lorsque les profits des auteurs de dommage sont obtenus de manière illicite. Cependant, cette restitution peut ne pas être totale dès lors que les profits obtenus par l'auteur du dommage correspondent aussi à la mise en œuvre de leurs propres actifs. C'est pourquoi, il conviendrait que la Cour de Cassation si elle retenait cette approche en définitive les contours et les limites.

L'utilisation de la théorie de la licence implicite permet de résoudre cette question puisqu'elle extrait, dans le profit global de l'auteur du dommage, la part qui revient à la victime, même si cette dernière, n'aurait pas elle-même exploité l'actif qui lui appartient selon les mêmes modalités.

(21) CA Paris 1<sup>re</sup> ch., section B, 10 juillet 1986, JCP 1986. II. 207-12.

(22) Cité par S. Carval, *op. cit.*, p. 138, et E. Agostini, *citée note 4*.

(23) E. Agostini, *op. cit.*

### III. L'obligation de minimisation du dommage ou « *duty to mitigate* »

Cette obligation de minimisation du dommage qui existe dans la *common law* exprime qu'il sera tenu compte dans le calcul des dommages-intérêts contractuels ou extracontractuels des efforts raisonnables que le créancier aura fournis pour remplacer ou réduire son préjudice.

La charge de la preuve incombe au défendeur qui doit montrer que le demandeur n'a pas réalisé des efforts raisonnables pour réduire son préjudice.

Il va démontrer que les revenus effectifs du demandeur ou créancier sont inférieurs à ce qu'ils auraient été s'il avait développé de tels efforts :

— il montrera notamment qu'une entreprise défaillante aurait pu se reconvertir dans une autre activité et réduire le préjudice à la différence de revenus existant entre les revenus espérés et les revenus alternatifs ;

— de même, en cas de rupture d'approvisionnement le défendeur montrera que le demandeur aurait pu trouver un autre fournisseur et réduire le préjudice à la différence des coûts d'approvisionnement ;

— en matière de préjudice corporel, l'assureur montrera que la victime aurait pu par un traitement adéquat et non dangereux, réduire les effets de l'accident.

Les dommages et intérêts doivent être égaux au coût spécifique (marginal) engendré par le préjudice.

#### A. Le devoir de minimisation du dommage peut en effet, dans la *common law*, être interprété comme une responsabilisation de la victime vis-à-vis du coût marginal engendré spécifiquement par elle dans le cadre du préjudice qu'elle a subi

La victime d'une rupture contractuelle ne peut réclamer l'indemnisation de coûts qu'elle aurait pu éviter avec des efforts raisonnables sans risque de pertes ou de blessures supplémentaires substantiels, ce qui veut dire que les bénéfices attendus de tels efforts dépassent les coûts espérés.

De plus, le demandeur pourra obtenir réparation des coûts supplémentaires supportés pour réduire son préjudice.

Exemple : Daley v. Irwin (24) — Le demandeur achète des semences avariées et constate qu'elles sont avariées avant de les planter. La Cour considère que s'il les a planté en connaissant leurs défauts, il ne pourra pas obtenir réparation pour la récolte perdue car la victime a contribué à accroître son préjudice. Les dommages sont limités à la valeur des semences.

#### B. Le concept de « *marginal cost liability* »

L'analyse économique considère qu'il faut minimiser la somme des dommages et des coûts de prévention.

Le montant optimal de coût de prévention est obtenu lorsque 1 \$ de coût supplémentaire de prévention ne réduit le dommage que de 1 \$.

#### C. La *duty to mitigate* ne peut être analysée indépendamment des règles de détermination de la responsabilité et du rôle de la négligence de la victime dans le préjudice

Il existe en effet dans la *common law* deux niveaux de responsabilité qui ont chacune des conséquences spécifiques sur la prévention des dommages :

— la « responsabilité stricte » qui constitue une règle non efficiente puisqu'elle n'invite pas la victime à prévenir le dommage ;

— la « négligence contributive » qui peut exonérer l'auteur du dommage en cas de négligence de la victime.

Une victime sera considérée comme négligente si le coût des mesures de précaution qu'elle peut mettre en œuvre est inférieur à l'espérance du coût de l'accident (formule de Hand).

Est négligent celui qui ne met pas en œuvre des efforts de précaution (B) qui ont un coût inférieur à l'espérance des pertes (L) provoquées par le dommage.

Si  $p$  est la probabilité du dommage et  $L$  les pertes :

— espérance des pertes :  $p \times L$  ;

— si le coût des précautions,  $B$  est inférieur à  $p.L$  soit ( $B \leq p.L$ ), alors la victime qui ne les aura pas mises en œuvre sera considérée comme négligente (formule de Hand).

Dans un système de « négligence contributive » (ou comparative), si le coût de précaution est inférieur pour la victime à celui devant être supporté par l'auteur du dommage pour l'éviter, la victime sera moins ou pas du tout indemnisée.

(24) 205, p. 76 (Calif, 1922), citée (p. 77), par D. Wittman : *Optimal Pricing of Sequential Inputs : Last clear chance, mitigation of damages and related doctrines in the law*. The journal of legal studies vol x (1), janvier 1981, p. 65-92.

La notion de juste précaution est définie par la précaution qui doit être prise en supposant que l'autre partie prend elle-même les mesures adéquates (« *due care* »).

#### **D. L'analyse économique rejoint la *common law* avec la notion de conséquences évitables**

Prosser et Keeton (25) utilisent le concept de conséquences évitables, notion identique à celle de la « négligence contributive » : la victime ne sera pas indemnisée (ou moins indemnisée) si elle avait pu éviter les dommages par une conduite raisonnable.

Le raisonnement s'applique aux conséquences de l'accident lui-même indemnisé : si après un accident automobile, la victime ne soigne pas correctement sa jambe fracturée, elle n'obtiendra pas réparation des conséquences aggravées subies par sa jambe.

Comme le dit Horatia Muir-Watt : « Cesser de pleurer sur le lait renversé » (26).

Il s'agit en fait, bien d'une analyse à la marge. Comme l'indiquent à la fois Geneviève Viney (27) et Prosser & Keeton (28) : il faut séparer les causes des différentes composantes du dommage global et répartir ainsi le préjudice global en fonction des différentes causes. Si l'affectation à des causes séparées est possible, seule les causes strictement fautives donneront lieu à réparation. La non-minimisation du dommage est ainsi considérée comme une faute séparée de la victime.

#### **E. Les possibilités d'acclimatation de la *duty to mitigate* dans le système juridique français et dans les systèmes européens**

Geneviève Viney (29) a montré que la *duty to mitigate* est partiellement acclimatable dans le droit français.

— Le juge français en se plaçant au jour du jugement pour évaluer le préjudice peut faire jouer un mécanisme de réduction prenant en compte l'effet partiellement exonératoire de la faute de la victime lorsque cette faute a contribué à l'aggravation du dommage.

— Cependant, ses moyens ne sont pas équivalents à ceux des jurisprudences anglaises et américaines du *duty to mitigate*.

— Le droit allemand et les conventions internationales donnent plus de relief que le droit français à la diligence requise de la part de la victime afin d'éviter l'aggravation de son dommage.

Il pourra donc à cet égard être intéressant de commenter des décisions de 2003 qui montrent que cette obligation de minimiser le dommage n'est pas reconnue en droit français.

Exemple : arrêt du 19 juin 2003, arrêt n° 931-FS-P+B+R+I.

« Attendu que l'auteur d'un accident est tenu d'en réparer toutes les conséquences dommageables : que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable »...

« Attendu que pour réduire le montant de l'indemnisation (...) l'arrêt retient que M<sup>me</sup> Dibaoui a été invitée par son neurologue en 1995, puis par son neuropsychologue en

1998, à pratiquer une rééducation orthophonique et psychologique, ce qu'elle n'a pas fait ; que ce refus de se soigner est fautif et que cette faute concourt pour partie à la persistance de troubles psychiques ; qu'en statuant ainsi, alors que M<sup>me</sup> Dibaoui n'avait pas l'obligation de se soumettre aux actes médicaux préconisés par ses médecins, la Cour d'appel a violé le texte susvisé, casse et annule... » (30).

La doctrine française opère une distinction entre réduction du dommage et évitement d'une aggravation du dommage.

Le seul fait que la victime dispose d'un moyen d'en réduire l'importance ne saurait lui être opposé pour limiter son droit à réparation » (31).

La question se pose en des termes différents lorsqu'il s'agit d'une aggravation du dommage initial qui peut alors être considérée comme un préjudice spécifique causé à autrui (l'auteur de la faute).

Ceci conduit différents auteurs à considérer qu'une telle analyse ne peut être menée qu'au cas par cas.

Si une telle analyse évite de poser la question du devoir de minimisation, elle relève à notre sens d'une certaine casuistique qui la rend peu transparente pour les justiciables.

Cependant d'autres auteurs rejoignent l'analyse évoquée plus haut avec Geneviève Viney en utilisant implicitement la référence à une conduite prudente c'est-à-dire absente de négligence :

— en matière contractuelle en se référant à l'obligation de loyauté ou de bonne foi ;

— en matière extracontractuelle en évoquant le devoir

(25) Prosser et Keeton, *On torts*,... op. cit.

(26) H. Muir-Watt, *La modération des dommages en droit anglo-américain*. Colloque CEDAG, 21 mars 2002, LPA 2002, n° 232, p. 45-49.

(27) Op. cit.

(28) Op. cit.

(29) Op. cit.

(30) Réf. Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 19 juin 2003, *Xnauftaire c/ Decrept*, arrêt n° 930 FS-P+B+R+I et *Dibaoui c/ Flamand*, arrêt n° 931 FS-P+B+R+I.

(31) J.-L. Aubert, *La victime peut elle être obligée de minimiser son dommage ?*, *RJDA*, avril 2004, p. 355-359.

général de conduite prudente de l'article 1383 ;

— d'une manière générale et par référence à l'article 1151 du Code civil en interprétant la notion de suite directe de manière à ne comprendre que ce qui résulte de la faute en excluant la part résultant de l'imprudance de la victime.

Cependant, la question de la conséquence à tirer de cette faute de la victime commise après le fait dommageable est entière dès lors que le dommage n'est pas divisible et que l'on ne peut pas en attribuer une part à la conduite imprudente de la victime.

En matière économique, l'article 77 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises a posé que la partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre toute mesure raisonnable pour limiter la perte y compris le gain manqué.

En conclusion, pour l'économiste, c'est l'optimum collectif qui justifie la *duty to mitigate* puisque la nécessité de privilégier une prévention optimale, indépendamment des fautes initiales conduit à prendre les précautions nécessaires qui permettent à la marge de réduire le préjudice à un niveau égal aux coûts de prévention. Il est ainsi vraisemblable que la justification de la *duty to mitigate* ne puisse être trouvée qu'au niveau collectif.

On ne peut en effet pas justifier de manière parfaite au niveau individuel la *duty to mitigate* puisqu'un préjudice résulte d'une faute et que la victime peut difficilement être considérée comme fautive dans le cadre de la faute initiale de l'auteur du dommage.

C'est pourquoi à cet égard, les arrêts du 19 juin 2003 de la Cour de cassation ont paru manifester une réticence par rapport à une reconnaissance d'un quelconque devoir de minimisation du préjudice (32).

Jean-Luc Aubert rappelait à cet égard (33) que l'article 1479 du Code civil du Québec a introduit une plus grande souplesse d'interprétation « la personne qui est tenue de réparer un préjudice peut ne pas avoir à répondre de l'aggravation de celui-ci lorsque la victime disposait de moyens sûrs et sans réel inconvénient pour elle de l'éviter ».

Cependant Geneviève Viney souligne quant à elle que si l'obligation de minimiser son propre dommage ne constitue qu'un moyen « de faire des économies sur la réparation » alors son introduction en droit français serait « beaucoup moins nécessaire et plus risquée » (34).

### **Conclusion générale**

**L**e principe de réparation intégrale doit être interprété, non seulement au niveau individuel mais aussi au plan de l'optimum collectif car les décisions individuelles ont des portées collectives.

Il revient à l'économiste d'analyser l'impact au niveau collectif des règles individuelles, en s'appuyant sur des règles abstraites de comportements individuels et de fonctionnement des marchés.

La notion de réparation intégrale de la victime ne semble pour l'instant reçue en droit qu'au niveau individuel, ce qui la prive d'une de ses dimensions. En outre, cette règle

apparaît économiquement imprécise puisqu'elle ne prend qu'imparfaitement en compte les coûts d'opportunité supportés par la victime, coûts qui sont le plus souvent des « manques à gagner ». Le principe laisse libre cours à des interprétations d'espèces qui peuvent s'avérer soit dissonantes, soit inadaptées pour répondre au besoin incitatif et dissuasif de la réparation civile au niveau collectif. Sur le terrain juridique, cela se traduit par des différences très fortes entre des pratiques juridictionnelles dans les tribunaux. Pour l'instant, du fait de l'absence de contrôle exercé par la Cour de cassation sur les évaluations des préjudices, ces divergences perdurent.

Si l'on continue dans la perspective économique, celle-ci impliquerait plusieurs évolutions souhaitables du droit et du rôle plus particulier que la Cour de cassation exerce pour assurer l'unité de la jurisprudence. L'idée principale est d'intégrer dans la jurisprudence la dimension collective, et non plus seulement individuelle, des règles juridiques de la réparation. L'évolution pourrait alors se faire dans le sens suivant :

— une composante punitive des dommages-intérêts pour inciter à des comportements loyaux, du moins lorsque les amendes civiles ne permettent pas d'obtenir cet objectif. Cela réduit la perspective de survenance de dommages ultérieurs, ce qui est collectivement efficace ;

— la nécessité d'inciter la victime à œuvrer pour réduire le préjudice. Cela réduit l'ampleur des dommages causés, ce qui est toujours collectivement utile ;

— la nécessité de réparer efficacement les fautes lucratives, en ne s'arrêtant pas aux

(32) *Bull. civ. II*, n° 203, D. 2003, *jur.*, p. 2326, note J.-P. Chazal, *Deffrénois* 2003, art. 37845, n° 121, J.-L. Aubert, *RTD civ.* 2003, p. 716, n° 3, obs. P. Jourdain.

(33) *Op. cit.*

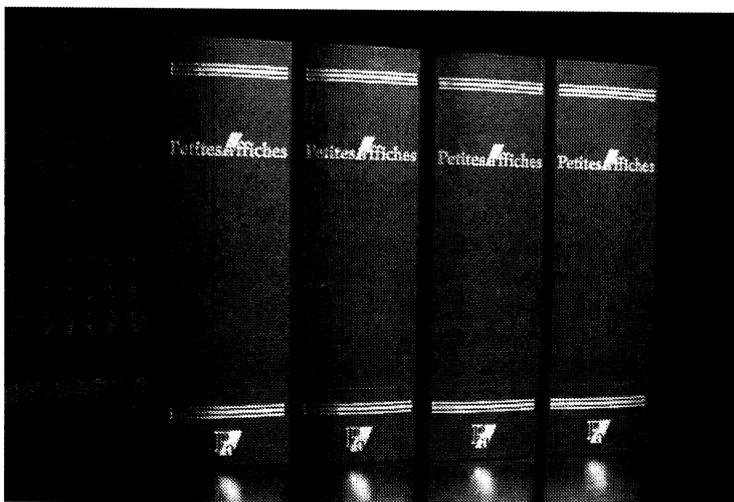
(34) G. Viney, *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, rapport de synthèse, note 4, p. 71, *op. cit.*

seules pertes ou manques à gagner comptables de la victime, pour saisir à travers le concept de coût d'opportunité ou de rémunération optimale des actifs utilisés, la quote-part du bénéfice réalisé par l'auteur du dommage et provenant d'une utilisation fautive d'un actif appartenant à la victime. La théorie de la faute lucrative est exemplaire de cette méthode coût/bénéfice sur laquelle l'analyse économique du droit se construit principalement.

Sous un angle plus méthodologique et d'une manière plus générale, il revient à la Cour de cassation de préciser les règles d'évaluation des dommages et d'en contrôler de manière détaillée l'application, afin de réduire les aléas subis par les justiciables. En effet, l'abandon au pouvoir souverain des juges du fond des règles d'évaluations des dommages conduit à des disparités très fortes entre juridictions, que l'affirmation formelle de la réparation intégrale masque et que l'ab-

sence de contrôle unificateur de la Cour de cassation laisse perdurer. Des travaux entrepris avec la Cour de cassation et au sein de la Cour de cassation sur l'articulation du droit et de l'économie en la matière peuvent favoriser une telle évolution.

# Petites affiches



## Commandez

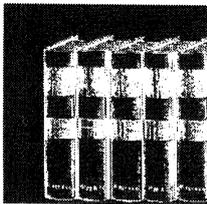
les luxueuses boîtes reliures marquées en lettres d'or pour archiver élégamment dans votre bibliothèque,

1 an de votre journal.

2, rue Montesquieu - 75041 Paris Cedex 01  
Téléphone : 01 42 61 88 00  
Télécopie : 01 42 92 03 91  
diffusion@petites-affiches.com

**Pratique,  
la solution  
rangement**  
pour faciliter  
votre archivage.

**Pour commander**  
1 lot de 4 Boîtes reliures  
Tél. 01 42 61 88 00



## L'APPRÉCIATION DU PRÉJUDICE

**GENEVIÈVE VINEY**

Professeur de droit à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Comme on vient de nous l'expliquer, l'appréciation du préjudice et l'évaluation des indemnités sont soumises, dans certains droits étrangers, en particulier ceux qui sont régis par la *common law*, à des règles qui s'éloignent sensiblement de celles qui dominent cette matière en droit français. Or si ces solutions nous intéressent particulièrement et si nous nous sentons le devoir de les examiner avec soin, c'est notamment parce qu'elles sont assez largement approuvées par les partisans de l'analyse économique du droit. Ceux-ci estiment en effet généralement qu'elles contribuent, mieux que le droit français, à une allocation correcte des ressources consacrées à l'indemnisation des dommages et, par là même, à une réduction des coûts sociaux consacrés à cet objet.

Certaines de ces solutions sont inspirées par l'idée qu'il convient, dans toute la mesure du possible, d'inciter l'auteur, comme la victime, à éviter les comportements à risque, ce qui, à terme, fera l'économie de nombreux dommages et, par conséquent, de nombreuses indemnités.

Relèvent de cette catégorie notamment l'institution des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires ainsi que la reconnaissance à la victime du droit d'obtenir, sous forme de dommages-intérêts, la restitution de l'intégralité des profits obtenus par l'auteur d'une faute lucrative. Ce sont là en effet des moyens de dissuader ceux qui seraient tentés de commettre des fautes délibérées pour se procurer un avantage qu'une réparation mesurée seulement à l'aune

du dommage subi ne suffirait pas à anéantir.

De même, le fait d'imposer à la victime l'obligation de tout faire pour réduire son dommage ou en éviter l'aggravation est orienté vers cet objectif de prévention et de dissuasion dont on attend des effets drastiques sur l'ampleur des dommages à réparer.

Il existe en outre d'autres solutions qui ne visent pas ce but, mais qui limitent plus directement le coût des indemnités. Il s'agit notamment du refus d'y inclure certains types de dommages, comme, par exemple tel ou tel préjudice moral — ce que font beaucoup de droits étrangers — ou ce qu'on appelle « le préjudice économique pur » (*pure economic loss*), c'est-à-dire la perte de profit qui ne s'accompagne d'aucune atteinte physique à la personne ou aux biens, comme le font les droits anglo-américains et le droit allemand.

De même, l'utilisation de la méthode d'appréciation en fonction de l'intérêt dit « négatif » a été proposée d'abord en Allemagne à propos des conséquences de la rupture fautive de pourparlers contractuels, mais elle s'est ensuite développée en Angleterre, aux États-Unis et dans beaucoup d'autres pays non seulement dans ce domaine particulier, mais aussi à propos du calcul des indemnités dues à la suite de la résolution ou de l'annulation d'un contrat imputable à la faute de l'un des partenaires. Or cette méthode conduit à refuser la compensation des profits que la victime pouvait espérer obtenir de l'exécution correcte du contrat qui n'a pas été exécuté. Elle li-

mite ainsi sensiblement l'ampleur des condamnations.

Le développement de tous ces procédés, qui sont incontestablement inspirés de considérations économiques, pose donc une question qu'il est aujourd'hui impossible d'éluder, celle de son impact sur le droit français. Celui-ci est resté jusqu'à présent entièrement dominé, au moins officiellement, par le principe dit de « la réparation intégrale » qui serait mieux défini par l'expression « principe d'équivalence entre dommage et réparation ». C'est en effet pratiquement la seule règle juridique dont la Cour de cassation accepte de contrôler l'application, ce contrôle étant d'ailleurs plus théorique que réel en raison du pouvoir d'appréciation souverain que la juridiction suprême reconnaît aux juges du fond pour l'évaluation des indemnités. Le contraste est donc saisissant, dans ce domaine, avec la *common law* qui admet, au contraire, que l'appréciation du préjudice est une question de droit et qui autorise les juges à prononcer des condamnations s'éloignant ouvertement d'une simple évaluation ajustée à l'ampleur des préjudices et intégrant d'autres paramètres comme la prévention, la dissuasion ou tout simplement le souci de modérer les condamnations afin de ne pas aggraver les coûts sociaux qu'elles engendrent.

Or il est bien évident que la constatation de cette opposition appelle tout naturellement à s'interroger sur le bien-fondé de nos propres positions. Les exemples venus de l'étranger ne doivent-ils pas nous amener à repenser le droit français de l'indemnisation et ce renouvellement éventuel ne doit-il pas

s'inspirer de considérations de politique économique, en particulier du souci d'assurer la meilleure allocation possible des ressources consacrées à la réparation des dommages ?

La réponse à ces questions appellerait des développements considérables touchant non seulement au droit de la responsabilité, mais aussi au droit et à la pratique de l'assurance. Il n'est donc pas question de les traiter ici dans leur ensemble, mais seulement de faire écho à l'exposé précédent en faisant entendre la voix du juriste.

Autrement dit, il s'agit de se demander si les solutions qui ont été évoquées par Maurice Nussenbaum et qui sont, comme il l'a souligné, validées par les tenants de l'analyse économique du droit, seraient transposables en droit français et si cette transposition paraît utile et souhaitable.

Nous nous poserons ces questions successivement à propos des dommages-intérêts punitifs et du droit, pour la victime, d'obtenir la restitution du profit de la faute lucrative (I), pour l'obligation imposée à cette même victime de réduire son dommage dans l'intérêt du responsable (II) et enfin pour la limitation des conséquences du dommage initial à inclure dans l'indemnisation (III).

### **I. Les dommages-intérêts punitifs et le droit pour la victime d'obtenir la restitution des profits de la faute lucrative**

**A** priori, il s'agit là de deux solutions distinctes, les dommages-intérêts punitifs ayant pour fonction de sanctionner les fautes les plus graves, même si elles ne

sont pas spécialement lucratives, tandis que le droit à la restitution des profits interviendrait dans les cas où la faute, même relativement vénielle, est génératrice d'avantages qu'une indemnité fixée en fonction de l'ampleur des dommages subis ne suffit pas normalement à épuiser.

Pourtant, ces deux procédés présentent bien des points communs. Tous deux en effet ont pour objet essentiel de prévenir des comportements à risque en accordant à la victime le droit d'obtenir le bénéfice d'une condamnation financière plus lourde que celle qui correspond à la stricte réparation de son dommage. C'est d'ailleurs pourquoi l'un comme l'autre se heurte en droit français à un obstacle considéré par certains comme infranchissable : il s'agit du principe de l'équivalence entre dommage et réparation dans la mesure où celui-ci interdit de faire de l'indemnisation une source de profit. Rappelons en effet que, selon la formule bien rôdée employée par la Cour de cassation, « l'allocation des dommages-intérêts doit avoir pour objet de replacer la victime, autant qu'il est possible, dans la situation même où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu, sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit ».

Pourtant, il est frappant de constater que ces procédés, qui sont officiellement condamnés, sont en fait pratiqués couramment sous le manteau protecteur du pouvoir souverain que la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond dans l'évaluation des dommages-intérêts.

Il a été observé notamment que la réparation des dommages moraux, que la jurisprudence française admet très libéralement aboutit à des

condamnations qui sont souvent influencées par la gravité de la faute commise. Du moment que les juges du fond ne l'avouent pas et qu'ils prennent soin de dire que les éléments fournis permettent d'évaluer l'indemnité à telle ou telle somme, la Cour de cassation n'exercera aucune censure.

Mais c'est surtout en cas de faute lucrative que l'évaluation des dommages-intérêts est manifestement déconnectée de la valeur objective du préjudice. Elle l'est d'ailleurs par la force des choses en matière de concurrence déloyale car il est généralement impossible de mesurer l'impact exact du comportement déloyal sur la diminution de la clientèle et la baisse du chiffre d'affaires, de telle sorte que les tribunaux ont été amenés à renoncer à exiger de la victime qu'elle prouve un dommage, se contentant de la preuve d'une faute.

Une évolution analogue s'est d'ailleurs produite en matière d'atteinte aux droits de la personnalité par la voie de la presse. Il est évident que les profits que l'organe de presse espère tirer des indiscretions qu'il commet sciemment sont souvent substantiels. Or le dommage subi par la victime est très difficile à cerner, ce qui amène tout naturellement les juges à négliger ce second élément au profit du premier dans la fixation de l'indemnité. S'il ne le dit pas, sa décision ne sera exposée à aucune censure.

Les dommages et intérêts punitifs sont donc pratiqués dans certains domaines par les juges français, mais ils le sont officieusement et de manière inavouée.

Est-ce une situation satisfaisante ? On peut difficilement le soutenir.

En effet le rejet d'une pratique courante dans le domaine du non-droit ne permet ni d'élaborer un régime approprié, notamment en précisant que ces dommages-intérêts ne doivent pas être pris en charge par l'assurance — ce qui serait nécessaire pour les rendre efficaces — ni de les cantonner dans les cas où ils présentent une réelle utilité. Autrement dit, il expose les justiciables à une réelle insécurité et autorise toutes les dérives.

Le domaine des dommages-intérêts punitifs devrait, semble-t-il, recouvrir d'abord celui de la faute lucrative car c'est là précisément que la conjugaison du droit pénal et d'un droit civil seulement orienté vers la réparation s'avère manifestement incapable de dissuader les acteurs de la vie économique d'adopter des comportements à risque.

En effet, le droit pénal est, on le sait, dominé par le principe de « la légalité des peines ». Or la peine est généralement fixée, non pas en fonction des profits, mais de la gravité de l'infraction. Si le droit civil néglige, de son côté, cet aspect de profit, les auteurs de fautes lucratives n'ont alors pas grand chose à craindre de la justice.

En pratique, la faute lucrative peut se manifester à l'occasion d'activités assez diversifiées. Outre les actes de concurrence déloyale ou de parasitisme et les atteintes aux droits de la personnalité par voie de presse, elle peut prendre la forme d'une atteinte aux droits de propriété intellectuelle, notamment les brevets et les marques, ainsi que d'inexécution contractuelles délibérées, comme, par exemple, la pratique du surbooking dans le transport aérien.

Dans tous ces cas, il est non seulement souhaitable, mais même, semble-t-il, nécessaire, de permettre aux juges de dépasser une vision purement indemnitaire. Ils devraient toujours avoir la possibilité, si l'activité nuisible n'a pas encore pris fin, d'ordonner sa cessation et la restitution des profits indûment perçus et, si elle a déjà produit tous ses effets, de calculer l'indemnité, autant que possible, de manière à annuler les avantages que l'auteur en a tirés en ajoutant à cette indemnisation une pénalité destinée à le dissuader de recommencer.

Un tel aménagement des pouvoirs du juge a déjà été esquissé dans certains domaines. Par exemple, en matière de concurrence déloyale et pour les atteintes aux droits de la personnalité, l'action en cessation est explicitement autorisée. En ce qui concerne la contrefaçon, le législateur est allé plus loin puisque les articles 335-6 et 335-7 du Code des propriétés intellectuelles prévoient une confiscation du matériel du contrefacteur ainsi que de la « recette » tirée du délit, le tout devant être remis à la victime ou à ses ayants droit.

Ces textes ne suffisent cependant pas à régler le problème dans son ensemble. Ils laissent subsister le besoin d'une disposition plus générale permettant d'appréhender tous les cas de faute lucrative.

Faut-il aller plus loin et admettre des dommages-intérêts punitifs en cas de faute intentionnelle ou lourde même non lucrative ? La question est discutable.

Pour la faute intentionnelle, il existe en effet d'ores et déjà une sanction très importante qui est celle du refus d'assurance. Quant à la faute lourde, elle est très mal défi-

nie actuellement, les tribunaux lui donnant une signification variable selon la fonction qui lui est attribuée, de sorte qu'il peut paraître dangereux d'assortir une notion aussi mouvante d'une sanction qui serait d'autant moins anodine que les dommages-intérêts punitifs doivent, comme nous l'avons déjà souligné, échapper à l'assurance, à défaut de quoi ils perdent toute utilité.

En définitive, on peut penser que si la sanction de la faute lucrative s'impose manifestement et implique de reconnaître au juge le pouvoir d'ordonner, non seulement la restitution des profits de cette faute, mais aussi le paiement d'une pénalité complémentaire pour prévenir toute récidive, en revanche ces sanctions sont moins nécessaires et plus dangereuses en cas de faute, même grave mais dont l'auteur n'attend pas un profit qu'une simple réparation du dommage causé ne suffirait pas à supprimer.

Du point de vue de l'analyse économique, cette différence entre l'effet attaché à la faute lucrative et celui de la faute grave non lucrative paraît d'ailleurs justifié car c'est l'indemnisation de la faute lucrative qui entraîne les coûts sociaux les plus lourds (notamment pour l'assurance). En outre, la restitution des profits de la faute est une mesure *a priori* plus précise et plus efficace qu'une pénalité mesurée à la gravité du comportement sanctionné.

Quoi qu'il en soit, il ne paraît guère douteux que les dommages-intérêts punitifs aient un avenir en droit français, principalement pour sanctionner les fautes lucratives.

En va-t-il de même pour le droit d'exiger de la victime qu'elle minimise les consé-

quences de son propre dommage sous peine de voir son indemnité réduite ?

## **II. L'obligation imposée à la victime de minimiser son propre dommage**

Comme l'a écrit récemment un auteur (1), le « *duty to mitigate* », qui est apparu d'abord en droit anglais, puis en droit américain et dans les autres pays de *common law*, exerce aujourd'hui une grande force de séduction. « Admis dans certains pays de droit romanistes, comme la Belgique, l'Allemagne, l'Italie et la Grèce et dans le nouveau Code civil du Québec, il est d'usage courant dans le droit du commerce international. D'ailleurs, les arbitres l'appliquent depuis longtemps dans leurs sentences, les codifications privées lui ont fait un très bon accueil (article 7 et 8 des principes Unidroit et 9 : 505 des principes du droit européen du contrat) ». Mieux, la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises l'a inscrit dans son article 77 et il est généralement approuvé par les auteurs qui en font état.

Pourtant, cette quasi-unanimité n'a pas amené le législateur français à le consacrer explicitement et elle ne semble pas avoir convaincu la Cour de cassation. En effet, par deux arrêts très remarquables du 19 juin 2003, la deuxième chambre civile a affirmé, de façon assez péremptoire, « que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable » et elle a cassé les décisions des cours d'appel qui lui étaient soumises et dont l'une avait limité l'indemnisation et l'autre l'avait totalement écartée au motif

que la victime, qui aurait pu réduire les conséquences du dommage, avait négligé de le faire.

Est-ce à dire que le droit français soit par nature allergique à toute réduction de l'indemnité en cas de négligence caractérisée de la victime dans la gestion des conséquences de son dommage ?

En faveur d'une réponse négative, on peut d'abord faire état d'un certain nombre de décisions, émanant, il est vrai, de cours d'appel qui ont admis explicitement ce pouvoir de réduction (2).

Par ailleurs, il est aisé de constater que le droit français dispose de plusieurs moyens d'obtenir ce résultat.

Le premier consisterait à appliquer l'article 1151 du Code civil selon lequel « même en cas de dol commis par le débiteur, les dommages-intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et des gains dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ». Une application rigoureuse de cette disposition qui est généralement considérée comme applicable aussi bien à la responsabilité délictuelle qu'à la responsabilité contractuelle, pourrait priver la victime de la possibilité d'obtenir l'indemnisation des aggravations du dommage dues à toute autre cause que l'inexécution elle-même, en particulier à sa propre négligence dans la gestion des suites de celle-ci.

Par ailleurs, il ne fait aucun doute que notre jurisprudence admet aujourd'hui constamment l'effet partiellement exonératoire de la faute de la victime ou du fait du créancier, même lorsque cette faute ou ce fait a seulement

contribué à l'aggravation du dommage initial. La règle d'évaluation au jour de la décision définitive condamnant le responsable permet au juge français de faire jouer ce procédé de réduction alors que, pour un juge anglais ou américain, ce n'est pas possible car il se place, pour évaluer l'indemnité, au jour de la survenance du fait dommageable ou, en matière contractuelle, au jour de l'inexécution.

Il existe donc en droit français des moyens non négligeables de sanctionner, par une diminution de l'indemnité, l'attitude négligente de la victime ou du créancier qui a laissé le dommage se développer sans réagir.

Pourquoi alors cet apparent raidissement de la Cour de cassation dans ses deux arrêts du 19 juin 2003 ?

Avec toute la prudence qui s'impose, on se risquera à avancer deux explications.

La première tient aux circonstances des espèces qui ont suscité ces arrêts. Ils ont tous deux été rendus à propos d'accidents corporels ayant donné lieu à des blessures. Dans l'un des cas, l'état de la victime s'était aggravé après la première condamnation, des troubles psychiques étant apparus. Le responsable de l'accident reprochait à la victime, qui demandait réparation de cette aggravation, de n'avoir pas accepté une rééducation orthophonique et psychologique qui lui avait été conseillée et qui aurait pu atténuer ces troubles.

Dans l'autre affaire, l'accident avait atteint l'exploitante d'un fonds de commerce de boulangerie qui, du fait de son incapacité temporaire totale, avait dû interrompre son activité qui n'avait pu être reprise immédiatement par sa fille, el-

(1) V. Perruchot-Triboulet, *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat*, p. 530.

(2) V. A. Laude, *L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ?*, LPA, p. 55 et s.

le-même blessée dans l'accident. L'exploitation du fonds n'ayant été reprise, précisément par cette dernière, que cinq ans plus tard, alors qu'il avait perdu toute valeur, la victime demandait réparation de cette perte et l'auteur de l'accident répliquait qu'ayant choisi de laisser périliter l'outil de travail plutôt que de le faire exploiter par un tiers, elle ne pouvait lui en imputer la responsabilité.

Si, dans les deux cas, la Cour de cassation a désapprouvé la Cour d'appel qui avait accueilli l'argumentation des défendeurs, on peut donc y voir d'abord l'expression d'une volonté, qui se manifeste souvent, d'assurer le mieux possible la réparation des dommages corporels.

En particulier, en cas de refus de soins, la deuxième chambre civile, après avoir consacré une distinction entre les soins courants, indolores et sans danger, qui ne pourraient être refusés sans faire courir à la victime le risque de ne pas être indemnisée intégralement et les soins plus traumatisants dont le refus laisserait toujours intact le droit à réparation, s'est rangée ensuite à une position plus stricte (3). En se fondant sur l'article 16-3 du Code civil qui impose le consentement de l'intéressé à toute intervention thérapeutique, elle s'est déclarée hostile à toute réduction de l'indemnité en cas de refus de soins (4).

Certes, cette prise de position ne saurait expliquer l'arrêt concernant le fonds de boulangerie, mais, dans cette seconde hypothèse, on peut comprendre que la Cour de cassation n'ait pas accepté de suivre la Cour d'appel qui avait refusé toute indemnisation à la victime pour la perte de son fonds de commerce, au lieu de procéder à un partage de responsabilité, com-

me c'est la règle en présence d'une faute de la victime lorsqu'elle n'est pas la seule cause du dommage.

Autrement dit, la Cour de cassation semble avoir voulu faire respecter les principes qu'elle applique habituellement pour apprécier l'existence d'une faute de la victime — dans le cas de refus des soins — et son incidence sur le droit à réparation — dans l'autre espèce.

Reste pourtant que la formule selon laquelle « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable » apparaîtrait, dans le contexte actuel, un tantinet provocatrice. Elle pourrait donc être comprise comme un refus de faire évoluer ces solutions — qui sont traditionnelles — vers celles que propose le modèle anglo-américain et qui sont beaucoup plus sévères pour les victimes. En effet, la *common law* refuse en particulier à la personne lésée le remboursement des frais qu'elle doit exposer pour minimiser son dommage. En outre, en matière contractuelle, elle accumule les restrictions aux droits du créancier qui ne peut exiger l'exécution ou la réparation en nature, doit se contenter d'une indemnité évaluée au jour de l'inexécution, sans revalorisation postérieure et peut même se trouver évincé du contrat au gré du débiteur, si celui-ci a trouvé mieux ailleurs, tant que ce contrat n'a pas été exécuté (5). Or toutes ces restrictions, qui sont présentées par certains spécialistes de la *common law* comme intrinsèquement liées à la « *mitigation* », sont évidemment en contradiction totale avec les solutions et l'esprit même du droit français. Elles sont donc inacceptables pour un juriste français. Peut-être la deuxième chambre civile a-t-elle précisément voulu affir-

mer, par ses arrêts du 19 février 2003, qu'elle n'entend pas les consacrer, ce qui ne l'empêcherait pas d'admettre, en revanche, lorsqu'il s'agit en particulier d'atteintes à des biens ou à des intérêts purement économiques ou moraux, que la négligence de la victime dans la gestion des conséquences du fait dommage l'expose à subir une réduction de son indemnisation.

Il faudra, pour lever les doutes sur ce point, attendre d'autres arrêts... À moins qu'une disposition législative proche de celle que l'on trouve, par exemple, dans les principes du droit européen du contrat, ne vienne préciser les choses en donnant au juge un pouvoir de modération de l'indemnité pour tenir compte de la passivité de la victime, tout en ajoutant, ce qui paraît essentiel, que les frais exposés pour minimiser le dommage sont à la charge du responsable. Ces deux règles me paraissent en effet indissociables et leur conjonction conforme aux exigences d'une bonne gestion des ressources consacrées à l'indemnisation des dommages car elles concourent toutes deux à minimiser les coûts de celle-ci en associant responsable et victime à cet effort.

### **III. Les limitations des conséquences du dommage initial à inclure dans l'indemnisation**

**M**ais ce souci d'une gestion rigoureuse conduisant à la réduction des coûts ne commande-t-il pas également de suivre l'exemple des droits qui limitent assez strictement les préjudices à indemniser ?

**A.** On sait que beaucoup de systèmes juridiques n'admettent pas, comme le fait le droit français, la réparation

(3) *V.*, sur cette évolution, G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, in *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, 2<sup>e</sup> éd. n° 124.

(4) *Cass. civ. 2<sup>e</sup>*, 19 mars 1997, *Bull. civ. II* n° 86.

(5) *En application de la fameuse théorie dite de « l'efficient breach ».*

de tout dommage, quelle qu'en soit la nature. Certains d'entre eux écartent plusieurs catégories de dommages moraux ou en limitent strictement l'indemnisation. D'autres, en particulier les droits anglo-américains et allemand, refusent la réparation du dommage purement économique (*pure economic loss*) c'est-à-dire de la perte économique qui ne s'accompagne pas d'une atteinte physique à la personne ou aux biens de la victime. Or ces restrictions s'expliquent évidemment par des raisons économiques.

Elles pourraient théoriquement être transposées en droit français, mais politiquement cette transposition semble avoir peu de chances de se réaliser, au moins pour l'instant.

En effet, l'indemnisation des dommages moraux, aussi discutable soit-elle pour certains d'entre eux, comme le préjudice d'affection, est profondément ancrée dans la pratique judiciaire française et toute limitation qui lui serait apportée apparaîtrait vraisemblablement comme un recul inadmissible de l'indemnisation.

Quant au « préjudice économique pur », le refus de le prendre en compte pour le calcul des dommages-intérêts apparaît généralement aux juristes français comme totalement illogique. Ceux-ci saisissent mal en effet pourquoi la perte économique est indemnisée lorsqu'elle est la conséquence d'une atteinte physique à la personne ou aux biens et non lorsqu'elle ne l'est pas et se manifeste seule.

En pratique pourtant, cette distinction est faite par la plupart des contrats d'assurance qui excluent la couverture du préjudice immatériel. Or celui-ci s'identifie

précisément au « *pure economic loss* ». Ainsi, d'ores et déjà, ce préjudice échappe souvent à la réparation, même en France, mais il ne fait guère de doute que la transposition d'une clause d'exclusion de l'assurance en une règle de responsabilité serait très mal ressentie.

**B.** En serait-il de même pour le refus d'indemniser certains chefs de préjudice en raison de l'incertitude affectant la relation de causalité qui les unit au fait dommageable ?

Pour l'instant, la jurisprudence française reste dans l'ensemble attachée à une appréciation libérale du lien de causalité entre le dommage initial et ses conséquences ultérieures ; ce libéralisme est particulièrement flagrant en ce qui concerne le dommage corporel dont toutes les conséquences, même lointaines, sont indemnisées. L'exemple des victimes de contaminations post-transfusionnelles qui ont été autorisées à imputer à l'auteur de l'accident à la suite duquel la transfusion avait été pratiquée les conséquences de la maladie contractée (6) est emblématique de cette tendance qui se manifeste souvent. Là en core, le retour à une conception plus « économique » de l'indemnisation ne paraît pas à l'ordre du jour. Elle serait vécue, par une grande partie de la population, comme une véritable régression sociale.

En revanche, pour certains dommages de nature purement économique, comme ceux qui résultent de la rupture de pourparlers contractuels ou de l'annulation ou encore de la résolution d'un contrat par la faute de l'une des parties, l'état d'esprit des juges paraît évoluer dans un sens qui évoque de façon frappante l'utilisation d'une méthode d'appréciation qui a

été proposée d'abord en Allemagne, puis adoptée en Angleterre, aux États-Unis et dans beaucoup d'autres pays et qui prend pour base ce qu'on appelle « l'intérêt négatif » et conduit à des résultats beaucoup moins coûteux pour le responsable que ceux qui s'attachent à l'intérêt positif. En effet, « l'intérêt négatif » s'entend de celui que la victime aurait eu à ne pas s'engager dans le processus contractuel qui a échoué, tandis que l'intérêt positif est celui que la victime aurait eu à voir le contrat correctement exécuté. En conséquence, l'appréciation du préjudice à réparer en fonction de l'intérêt négatif n'inclut que la compensation des frais exposés pour la conclusion et éventuellement pour obtenir la résolution ou l'annulation, mais elle n'inclut pas la perte de la chance de réaliser le profit qui pouvait être attendu du contrat, alors que cette perte de chance serait prise en compte si on tenait compte de « l'intérêt positif ».

Dans beaucoup de pays étrangers, l'appréciation en fonction de l'intérêt négatif occupe, depuis assez longtemps déjà, une place importante. En revanche, en France, la jurisprudence est restée, jusqu'à une date toute récente, attachée à l'idée que si l'échec du contrat est imputable à la faute de l'un des partenaires, celui-ci doit indemniser la victime, non seulement pour les dépenses qu'elle a engagées en vain, mais aussi pour la perte de la chance de voir le contrat s'exécuter et d'en tirer les profits qu'elle en attendait (7).

Cependant, par un arrêt très remarqué du 26 novembre 2003, la chambre commerciale de la Cour de cassation semble avoir abandonné cette position en cas de rupture fautive des pourparlers con-

(6) *V.*, par exemple, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 1993, Bull. civ. I, n° 80, Gaz. Pal. 1994, I, p. 82, note F. Memmi, JCP 1993, II, 22226, note A. Dorsner-Dolivet, RTD civ. 1993, p. 589 obs. P. Jourdain ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 juillet 1993, Bull. civ. I, n° 273 ; 9 juillet 1996, Bull. civ. I, n° 306.  
(7) *V.* les arrêts cités par J. Mestre et B. Fages, RTD civ. 2004, p. 82 et 83, en particulier Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 12 novembre 2003, inédit, pourvoi n° 02.10.352 ; Cass. com., 4 décembre 1990, inédit, pourvoi n° 89.16.338.

tractuels (8). Elle a en effet jugé que « les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rompre des pourparlers contractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat ». Elle a donc approuvé la Cour d'appel de n'avoir pas alloué au demandeur victime de la rupture fautive une indemnité destinée à compenser cette perte de chance.

Cette solution sera-t-elle entérinée par les autres formations de la Cour de cassation ? Restera-t-elle cantonnée au cas de la rupture des pourparlers contractuels ? Pour l'instant, il est impossible d'apporter de réponse définitive à ces questions. Cependant, ce que l'on peut supposer, c'est que, si la chambre commerciale s'est inspirée de la position des droits étrangers qui pratiquent la méthode d'appréciation du préjudice en fonction de l'intérêt négatif, elle l'a fait dans le but d'alléger le coût des indemnités. Or ce souci pourrait conduire à étendre cette solution dans d'autres hypothèses, notam-

ment en cas d'annulation du contrat provoquée par la faute de l'une des parties lorsque la victime joint à l'action en nullité une action en responsabilité (9). Enfin, en cas de rupture abusive d'un contrat, la chambre commerciale de la Cour de cassation a déjà appliqué le même principe en jugeant, le 13 novembre 2003, que « le préjudice constitué par la perte d'une chance de conserver les fonctions est sans lien avec les fautes commises lors de la révocation » (10).

Les conséquences de l'arrêt du 26 novembre 2003 pourraient donc être importantes s'il marque réellement l'abandon de l'indemnisation de la perte du profit espéré d'un acte juridique qui n'a pas été exécuté ou ne l'a été que partiellement. Il s'agit là en effet d'un préjudice en toute hypothèse aléatoire et qui peut se chiffrer à des sommes considérables.

\*  
\* \*

En conclusion, on constate donc qu'aujourd'hui tant l'analyse économique du droit que le droit comparé mettent en question les solutions et même l'esprit géné-

ral du droit français en ce qui concerne l'appréciation du préjudice et l'évaluation des dommages-intérêts.

Ils l'interrogent d'abord sur le bien-fondé de son postulat fondamental, celui de la réparation intégrale qui conduit à ne prendre en compte que l'équivalence de la réparation au dommage, en négligeant toute autre considération, notamment la dissuasion, la prévention et, en fin de compte, la viabilité économique du système.

Ils posent également le problème de la place respective du droit et du fait en ce qui concerne l'appréciation du préjudice et de sa réparation. N'est-il pas temps en effet d'introduire plus de droit, donc plus de contrôle de la part de la Cour de cassation dans ce domaine si essentiel, non seulement pour les personnes directement concernées — responsable et victime —, mais aussi pour l'intérêt général qui commande d'assurer une protection correcte des victimes, et de veiller à ce que le coût des réparations ne dépasse pas le seuil à partir duquel il risque de devenir excessif pour le corps social dans son ensemble.

(8) *Bull. civ. IV*, n° 186, *RTD civ.* 2004, p. 80, obs. *J. Mestre et B. Fages*, *D.* 2004, p. 86, 9 note *A. Dupre-Dallemagne*, *JCP E.* 2004, n° 738, obs. *Ph. Stoffel-Munck*.

(9) *V. à ce sujet, C. Guelfucci-Thibierge*, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préface *J. Ghestin*, *LGDF, Bibliothèque de droit privé*, T. 218, 1992.

(10) *JCP E* 2004, n° 1-2, *pan.* 12.